دكتور محمد شكري سرور
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية

دراسة مقارنة
في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي

١٩٨٦م

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ شارع جواد حسني - القاهرة
ص ب ١٣٠ ت ٣٩٢٥٢٣٦ - ٣٩٢٢٥٦٢

دكتور محمد شكري سرور
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية

دراسة مقارنة
في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي

١٩٨٧م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

لم تحظ الكفالة العينية باهتمام الفقه فى مصر ، على كثرة ماكتب فى التأمينات الشخصية والعينية • فلم نجد من خصص لها دراسة مستقلة ، توضح جميع جوانبها ، وتوءصل خصوصيات أحكامها • وإنما كان الشراح يلمحون إليها، فى بعض المواضع ، من حين لآخر ، حين يعرضون لحكم ما فى الكفالة أو الرهن ، وذلك قصد إلقاء الضوء ، لاعليها هى ذاتها ، وإنما على هذا الحكم من أحكام هذا النظام أو ذاك •

وهكذا بدت احكام الكفالة العينية ـ أمام من يريد الإحاطة بها ـ مبعثرة فى شتات متناثر بين أحكام الكفالة والرهن • شتات يقصر عن مواجهة الفكرة فى كليتها ، بقدر ما يفتقر إلى الترابط والتسلسل •

أما فى فرنسا ، فقد لفتت هذه الفكرة انتباه بعض الباحثين القدامى ، الذين رأوها جديرة بالبحث ، فأفردوا لها دراسة مستقلة ، نشرت فى أواخر القرن الماضى • لكنها لم تلبث حتى طواها النسيان من جديد ، وظلت على هذا النحو من عدم الاهتمام الفقهى هناك أيضا ، إلى وقت قريب جدا ، حتى عاد الاهتمام بها إلى الظهور فى الآونة الاخيرة ، على أثر صدور بعض القوانين التى ساعدت على ذيوع استعمالها : كقانون ١٣ يولية ١٩٦٥ (فى شأن النظام المالى للزوجين) ، وقانون ١٦ يوليه ١٩٧١ (فى شأن بعض أعمال التشييد)، وقانون ٤ يوليه ١٩٨٠ (المتعلق بالمجال الزراعى) •

ولعل مبعث عدم الاهتمام الفقهى بهذة الفكرة ، هو الاعتقاد بأنها ليست ـ إن جاز هذا التشبيه ـ إلا حاصل جمع عناصر معروفه تماما ، هى

الكفالة والرهن ، ومن ثم فلن يكون فيها مايُغرى على تكريس دراسة مستقلة خاصة بها .

ولما كان هذا الاعتقاد غير واقعى ، فى الحقيقة ، إلى حد كبير ، وكانت الكفالة العينية قد ظلت ـ بسببه ـ فكرة يكتنفها الكثير من الغموض ، وكان المشرع ، سواء فى مصر أم فى فرنسا ، قد تجاهل هو الآخر تنظيمها تنظيما خاصا متكاملا (اللهم إلا ذلك القدر الذى سبقت الاشارة إليه من القوانين الفرنسية المنظمة لنواحى معينة) ، حين أنها نظام أُخذ استعماله فى الشيوع فى الوقت الحاضر ، فقد رأينا اختيار هذا النوع الخاص من التأمينات ، ليكون موضوعا لهذا البحث .



فى التعريف بالكفالة العينية[1] ، وأهميتها .

١) الكفالة العينية هى اتفاق ، بموجبه يقدم أحد الأشخاص ، ويقال له الكفيل العينى ، مالا يملكه ، عقارا أو منقولا[2] ، ضمانا لدين على غيره[3] . ووسيلته الفنية لذلك ، هى رهن هذا المال ، رسميا[4] ، أو حيازيا[5] ، لينحصر ، فى القيمة الاقتصادية لهذا المال ، الحد الأقصى لمسئوليته عن هذا الدين .

---

(1) Le cautionnement reél

(٢) راجع ، مع ذلك

CHEVALLIER (Jean) et BACH(L): Droit civil 7 éd. 1978 P. 458 . COLIN et CAPITANT avec DE LA MORANDIÈRE : Cours élémentaire de droit civil Français. To. 2 . 8 éd. 1935 P. 813 No 966

حيث يبدو يفهمون الكفالة العينية وكأنها محصورة فى رهن لعقار فقط ، ضمانا لدين على الغير . وفى نفس هذا الفهم راجع أيضا :

MAZEAUD (H, L,j) par CHABAS (F) : Leçons de droit civil To: 3 ' 5 éd. 1977 P. 271 No 262

(٣) على أن يلاحظ ، أن الراهن قد يجمع بين صفتى المدين والكفيل العينى، أنظر فى مثال لذلك حكم نقض (مدنى)١٩٧١/١/١٩ ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة/٢٢ رقم/١١ ص /٥٢ (حيث كان الأمر يتعلق بشريك فى شركة تضامن ، رهن عقارا يملكه ، ضمانا لعقد فتح الاعتماد الرسمى الذى ابرمه لكفالة الشركة ، وانظر أيضا : د. عبدالناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ١٩٨٠ ص /١٣ هامش / ٢ .

(٤) حين يتعلق الأمر بعقار .

(٥) حين يتعلق الأمر بعقار أو بمنقول .

ويبين من هذا التعريف ، أن الكفالة العينية هي نوع من اتفاقات الضمان[6] يتم بين الدائن وأجنبي عن الدين. هو الكفيل العيني، حين لا يكون رضاء المدين ركنا في هذا الاتفاق، الذي قد ينعقد دون علمه[7] ، أو حتى بالرغم من معارضته[8] .

وإن كان ذلك نادر الحدوث ، حقيقة ، في الحياة العملية، فالكفالة - حتى ولو كانت محددة - هي من الأمور ذات الخطورة بالكفيل[8م] ، بحيث يندر أن يتحمس إليها دون مبرر قوي . حتى لقد شاع القول بأنها " تقوم بداءة على الشهامة التي عادة ما تعقبها الندامة عند رجوع الدائن على الكفيل[9] " .

٢) ويقدم هذا النوع من الكفالة ، للدائن ، ضمانا قد يكون أقل في حجمه من الضمان الذي تقدمه الكفالة العادية (الشخصية)[10] ، هذا حقيقي ، لكنه بالمقابلة - يكون أكثر فاعلية ، بما يخوله له من مزيتي التتبع والأولوية

---

(٦) أو على حد تعبير البعض ، " اتفاقات الوفاء " ، أنظر
GRUA (F) : Le Cautionnement réel. J.C.P 1984 - 1 - doct - 3167

(٧)،(٨) راجع د . محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية والعينية ، ط/٣ ١٩٧٩ ص/٣١ بند/١١ والفقه المشار إليه فيه هامش/١١، ١٢، وأنظر من تطبيقات القضاء المصري ، نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ ، المجموعة السنة/ ٢٣ (عدد/٣) رقم/٢٣٢ ص/ ١٤٨٧ .

(٨ مكرر) راجع :
DUPOUY(C) et RESSAYRE(M) : Précis de droit civil. To: 2 éd. 1980 P. 180

(٩) د . حسام الدين كامل الأهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ج/١ ط/٨٥-١٩٨٦ ص/٢٣ بند/١٣ نقلا عن قيل ، وبلانيول وريبير وبيكيه

(١٠) حيث يضمن حق الدائن ، في الكفالة الشخصية ذمة الكفيل المالية كلها .

على المال المرهون ضمانا لحقه . فيما يكون الدائن - فى الكفالة الشخصية عُرضة ، على العكس ، " لتقلّب الذمة المالية للكفيل ، ومزاحمة الدائنين الآخرين له " (11) .

ومن وجهة نظر الضامن ، بدوره ، يكون هذا النوع من الكفالة أفضل إذ يمكّنه من تقديم معاونته للمدين ، دون أن يعرّض - فى نفس الوقت - للخطر ، سوى أحد عناصر ذمته المالية فقط (12)

الكفالة العينية ، والكفالة الشخصية المضمونة برهن(13)

3) ذكرنا أن مسئولية الكفيل العينى لاتتعدى - كحد أقصى - القيمة الاقتصادية للمال المرهون . ويعبر الفقه عن ذلك ، عادة ، بالقول بأن هذا الكفيل لايكون مسئولا شخصيا عن الدين . ويرى فى ذلك ، تقريبا ، فيصل التفرقة بين هذا النوع من الكفالة والكفالة الشخصية التى فيها ، يضمن الكفيل وفاء الدين بذمته المالية كلها .

غير أن التفرقة بين الكفالتين قد تدق ، فى الفرض الذى تكون الكفالة الشخصية فيه ، هى نفسها ، مضمونة برهن على مال للكفيل . فيحدث فى بعض الأحيان - وبخاصة فى التعامل مع البنوك - أن يستلزم الدائن (البنك)

(11) جُروا ، المقال سابق الإشارة بند /2 ، وفى نفس المعنى د . محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ص/20 ، 21 بند /5

(12) فى هذا المعنى : جُروا ، المقال سابق الاشاره بند /2 ، ولمزيد من التفاصيل فى مخاطر الكفالة الشخصية ومزايا الكفالة العينية راجع :
CAILLAUD(G) : Cautionnement reél. Thése Poitiers 1987 P. 9 et s No6 , et P. 15 ets No 9et 10

(13) أو مايُعرف فى الفقه الفرنسى بـ :

la garantie du cautionnement personnel par une hypothéque ou un gage

الذى لايكون واثقا كثيرا من يسار الكفيل ، أن يقدم هذا الأخير تأمينـــــا عينيا ، تأكيدا (أو ضمانا) لتعهده بالوفاء بدين المدين فى حالة عدم وفاء هذا الأخير به [١٤] .

وفى الحقيقة ، يقترب هذان النظامان إلى حد كبير ، حين لايكون بذمـــة الكفيل الشخصى المالية ، سوى المال المرهون ضمانا لكفالته ، إذ تكـــاد النتيجة العملية للكفالتين ، فى هذه الحالة ، تكون واحدة [١٥] .

٤) غير أنه يبقى - مع ذلك - أنه ، فضلا عن الاختلاف بين النظامين فى محـــل الضمان ، حيث يضمن الرهن - فى الكفالة العينية - الالتزام الأصلى [١٦] ، فيما يضمن - فى الكفالة الشخصية - " الالتزام التبعى " [١٧] ، فإنه - فى الكفالـــة العينية - يكون بين كل من عنصرى الكفالة والرهن فيها " ارتباط لايقبـــل الانفصام ، إذ لايوجد أحدهما إلا بوجود الآخر ، بحيث أنه ، إذا ما كـــان العقد باطلا ، مثلا ، لأى سبب ، ككفالة ، فإنه سيكون كذلك أيضـــا ،

---

(١٤) ويؤكد البعض أن ذلك كثيرا جدا مايحدث فى التعامل مع البنوك · راجع جروا بند / ٣٨ ·

(١٥) فالكفيل العينى مسئوليته محصورة فى المال المرهون ، والضمان العام الذى تمثله ذمة الكفيل الشخصى المالية كلها ، لايتعدى هو الآخر المـــال المرهون · راجع فى هذا المعنى ، وفى أوجه الفصل بين الفرضين ، جـــروا بند/ ٢٩ هامش / ٣٩ ، وانظر فى أمثلة لأحكام قضائية خلطت بينهما :
paris 15/10/1976 j.c.p 1977-2- 18726 et obs. PATARIN (j) .

(١٦) التزام المدين ·

(١٧) يقصد مسئولية الكفيل ، راجع كابو ، الرسالة سابقة الإشارة ص/١٨ ، ١٩ بند / ١٥ ·

كـرهن ، والعكس بالعكس ." [18] فالكفالة العينية " لايمكن أن تنحسر عن كفالة فقط ، أو عن مجرد تأمين عينى . إنها لاتكون كذلك (أى كفالة عينية) إلا إذا كانت الأمرين معا (كفالة ورهن) [19]،[20] ". أما فى الكفالة الشخصية فإن التأمين العينى الذى يضمنها ، لايشكل معها كلا لايقبل التجزئة لسبب بسيط ، أنها " يمكن أن توجد بدونه ، وهى أيضا تعيش بعده إذا ما أبطل ". [21]،[22] هذا ، بطبيعة الحال ، فضلا عن الاختلاف بين النظامين فى الأثر . الذى يظهر ، إذا لم يختر الكفيل ، فى أى من الفرضين سداد الدين ولم تكن قيمة المال المرهون فى كليهما ، تكفى لتغطيته ، إذ فى الكفالة العينية ، لن يتعدى أثر الكفالة مال الكفيل المحدد الذى قدمه كضمان ، فيما يستطيع الدائن ، فى الفرض الثانى ، أن ينفذ على باقى ذمة المدين المالية ، بما له ، مع غيره من الدائنين ، من حق الضمان العام عليها ، إضافة الى ما كان له من ضمان خاص على المال المرهون ضمانا للكفالة [23].

---

(18)،(19) جروا ، المقال السابق بند /42

(20) وعكس ذلك ، استئناف باريس فى 1979/10/29 ، حكم غير منشور ، أشار إليه جروا بند/42 هامش /57 .

(21) جروا بند / 42 .

(22) وهكذا فإننا ، فى حالة الكفالة العينية ، نكون ـ على حد وصف البعض ـ بصدد " تأمين مختلط surêté complexe " ، فيما نكون ، فى فرض الكفالة الشخصيه المضمونة برهن ، بصدد " اختلاط تأمينات un complex de suretés " راجع جروا بند 42 .

(23) راجع ، فى هذا المعنى : كايو ، المرجع السابق ص / 18 ، 19 بند / 15 .

الأساس القانونى لمسئولية الكفيل العينى المحدودة (تعدد الاتجاهات)

(أ) فكرة الالتزام العينى : (Propter rem)

٥) وتجد مسئولية الكفيل العينى المحدودة ، أساسها ، فى نظر الفقه التقليدى الفرنسى [٢٤] ، وجاراه فى نفس التصور غالبية الشراح المصريين [٢٥] ، فيما يعرف بفكرة الالتزام العينى .

وأنصار هذه الفكرة يطلقون هذا الوصف ، على هذا النوع من الالتزامات ،" لأنها تتركز فى عين معينة بالذات ، فتلاحقها أينما ذهبت ، وتفنى بفنائها . وبذلك يتجرد الالتزام من نسبته الى شخص وينتزع وجوده من تعلقه بمال " [٢٦].

وترجع هذه الفكرة ، بأصلها ، إلى النظرية التقليدية بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، فإذا كانت الأخيرة ، على العكس من الأولى ،لايمكن ، من حيث الأصل ، وبحسبانها سلطة مباشرة على شئ ، أن تتضمن إلزام شخص بأداء إيجابى ، وأن كل صلتها بغير من عدا صاحبها من الأشخاص لايعدو أن يكون وجوب احترامهم لها ، فيما لايشكل سوى مجرد واجب سلبى عام يقع عليهم جميعا بعدم الاعتداء عليها ، إلا أن المشرع قد يخرج على هذا الأصل فى بعض الاحيان . فعلى سبيل المثال ، يجعل لمالك العقار الحق فى

---

(٢٤) اشار لذلك ، جروا بند/ ٢٢ : وانظر فى هذا المعنى: مازو (هـ٠ل٠ج)وشاباس المرجع السابق ص /٢٧١ بند/ ٢٦٢ .

(٢٥) انظر مثلا : د . عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج/ ١٠ ص/ ٢٠ بند/ ١١ ، د . حسام الاهوانى ، المرجع السابق ص / ٥٧٣ بند/ ٤٦٨ ، وانظر ايضا (وان كانا يستخدمان تعبير "المسئولية العينية") د . محمدعلى إمام التأمينات الشخصية والعينية ص/ ١٦٧ بند/ ٩٧ ، دكتور منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ١٩٦٣ ص/ ١٥١ بند / ٦٨ ، ويستخدم تعبير " مسئول عن الدين" دون وصف لهذه المسئوليه" دكتور عبدالمنعم البدراوى ، التأمينات العينيه ١٩٧٣ ص/ ١٩٨ بند/ ١٤٣

(٢٦) اشارلذلك د . شمس الدين الوكيل ، الموجز فى نظرية التأمينات ١٩٦٧ ص/ ١٨٥/ ١٨٦ بند/ ٧٧ .

مطالبة جاره بتنفيذ بعض الأداءات ، كالمساهمة معه مثلا فى إصلاح أو إعادة إنشاء الحائط المشترك بين ملكيتيهما (٢٧) • ويستخلص أنصار هذه الفكرة من ذلك، أن الشخص يمكن ، فى تصور المشرع نفسه ، أن يكون ملتزما ، دون ما عقد أبرمه ، أو فعل غير مشروع ارتكبه ، وإنما فقط بسبب ، أو لمجرد، أنه صاحب حق عينى ، وفى حدود قيمة هذا الحق ، فيما يمكن أن يوصف - لذلك - بأنه التزام عينى • وهو ماينطبق ، فى نظرهم ، على التزام الكفيل العينى ، الذى ينحصر ، بدوره ، فى العين المرهونة ، ويخول الدائن حق تتبعها تحت أى يد تكون ، والذى ينقضى ، بدوره ، إما بأدائه أو بالتخلى للدائن عن هذه العين (٢٨) •

٦) بل إنه ، فى توضيح أكثر جرأة ، لم يتردد بعض أنصار هذا التصور - مستلهما فكرته ، على مايبدو ، من الأحكام الخاصة بحقوق الإرتفاق (٢٩) - فى القول بأنه ، فى حالة الكفالة العينية ، الشيء المقدم لضمان الدين هو الذى يقع عليه الواجب ، وليس مالك هذا الشيء (٣٠) ويؤكد أنه ، عندما يكون

---

(٢٧) مادة/١٦٥٥ مدنى فرنسى ، م/٨١٤ - ٢ مدنى مصرى •

(٢٨) راجع ، فى عرض أوفى لهذه الفكرة ، جروا بند/٢٤ ،
AUBRY(A) et RAU(C) par BARTIN : cours de droit civil Français 6 éd. To: 4 § 299 P. 57

(٢٩) أشار لذلك ، جروا بند / ٢٢

(٣٠) ويعبر عن هذا التصور بالقول بأن
"C'est la chose donnée en garantie qui doit, et non son propriétaire"
أشار لذلك : جروا بند / ٢٢ ، وراجع ، فى مفهوم آخر لفكرة ان" الشيء هو هوالذى يجب عليه " DABIN(j): une nouvelle definition du droit reél. Rev. trim. 1962 P. 41
حيث يؤكد أن الأشياء" لايمكن أن تكون مسئولة بدين أو التزام" وهو يفهم دين الشيء ، فى معنى" العبء الذى يثقله" أى ماتتعرض له الملكية عليه من" بتر ، كبير أو صغير فى حجمه ، طويل أو قصير فى مدته " وما التزام مالك هذا الشيء ، كجميع الاشخاص فى المجتمع ، باحترام هذا العبء ، الا النتيجة الضرورية لسبق وجوده على ماله، ومايقابله من حق لمن ترتب لمصلحته •

مال ما ، قد أثقل برهن ، ضمانا لدين الغير ، فإن الكفيل الحقيقى يكون هو هذا المال [(٣١)] . فهذا الأخير هو " الملتزم بأن يفى بالدين فى حالة عدم وفاء المدين به " [(٣٢)] ، وهو الذى " يضمن هذا الدين بكل قيمته ، تماما كالكفيل الحقيقى (أى الشخصى) يضمن تعهده بكل ترونه " [(٣٣)] كل مافى الأمر أنه "ينبغى أن يكون لهذا المال ممثل ، يمكنه من أن يرتضى هذا الالتزام ، ويمكن للدائن من اقتضاء الدين فى مواجهته . وهذا الممثل هو الكفيل العينى " [(٣٤)] .

٧) ولانظن أنه يبتعد كثيرا عن التصورات السابقة ، مايقول به البعض فى مصر من أن الكفيل العينى يكون مسئولا " مسئولية عينية " [(٣٥)] ، نشأت " بسبب قيامه برهن مال من أمواله ضمانا للدين " [(٣٦)] فهو إذن يتحمل هذه المسئولية "بسبب" [(٣٧)] هذا " المال" [(٣٨)] وفى حدوده فقط [(٣٩)] .

(ب) فكرة إزدواجية الالتزام (٤٠) فى عنصرى مديونية ومسئولية

٨) غير أن فكرة الالتزام العينى ، التى حظيت بالاحترام لفترة طويلة من الزمن ، أصبحت - كتفسير لمسئولية الكفيل العينى المحدودة - تتعرض ، فى الوقت الحاضر ، للنقد الشديد [(٤١)] .

---

(٣١) الى(٣٤) كابو ، المرجع السابق ص/٢٩ بند/١٦ : وانظر ايضا ، نفس المؤلف ص/١٣ بند/٨

(٣٥) الى(٣٩) د . محمد على إمام ، المرجع السابق ص/١٦٧ بند/٩٧ .

(٤٠) La théorie dualiste de l'obligation

(٤١) وتجدر الاشارة ، ابتداء ، إلى أن هذه الفكرة لم تكن، فى الحقيقة، قد ظهرت من أجل الكفالة العينية . ويعتبر البعض ، من الأمور ذات المغزى ، أن مبتكريها أنفسهم لم يذكروا هذا العقد ، على الاطلاق ، ضمن مامثلوا به لها . راجع : جُروا بند/ ٢٥ .

٩) وقد كان الفقيه الفرنسي جُروا ، من أشد المعارضين لها • وخلاصة ماأخذه عليها :-

١- أن التعبير " التزام عيني " هو " تعبير غير علمي "[(٤٢)] ، لأن الأشخاص هي ، وحدها ، التي يمكن أن تفرض عليها الواجبات[(٤٣)] •

٢- أن مسئولية الكفيل العيني - إن جاز القول بأنه يتحمل التزاما - لاتكون كما يزعم أنصار هذه الفكرة ، بسبب المال الذي قدّمه ضمانا لدين الغير ، وإنما بسبب العقد الذي أبرمه مع الدائن • ولايعدو هذا المال أن يكون سوى " حد " • تعهد هذا الكفيل ، ووسيلة الوفاء بهذا التعهد[(٤٤)] • ولذلك ، فإن قياس الكفالة العينية على ما قد يكون الجار ملتزما به في مواجهة جاره ، كما فعل أنصار هذه الفكرة ، هو قياس مع الفارق ، لأن هذا الالتزام لايجد مصدره ، كالكفالة ، في عقد مبرم بين هذين الجارين ، وإنما في نص القانون •

٣- أنه من الصعب التسليم ، بذلك الربط الدائم ، الذي يقول به أنصار هذه الفكرة ، بين حقوق الدائن ، في الكفالة العينية ، والشيء الذي ترد عليه

---

(٤٢) ، (٤٣) أو على حد تعبيره :
" car une chose n'est pas sujet de droit" N° 22

وانظر في نفس المعنى : د • شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص/١٨٦ ، بند/٧٧ حيث يرى أن نظرية الالتزام العيني" تحمل إسمايتضمن تعارضا ظاهرا ، إذ عبارة الالتزام تقتضي حتما إسناده الى شخص يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء به "

وانظر ايضا ، في معنى أنه ، حتى في الارتفاقات ، فإن هذه الاخيره تقع على مالك العقار المرتفق به : جروا بند/٢٢ : وكذلك
H.CAPITANT: Des obligations de voisinage. Rev. Crit. 1900 P. 162

(٤٤) جروا بند/٢٥

هذه الكفالة . ذلك أن مايعني الدائن لايكون في الحقيقة هو هذا الشيء ، وإنما قيمته المالية ، وماحقوقه على هذا الشيء إلا مجرد وسيلة لتمكينه من استيفاء دينه من هذه القيمة . ومن ثم يكون الأولى من القول بأن الكفيل يكون مسئولا بسبب الشيء ، القول بأن الشيء يكون مهددا بسبب التزام الكفيل (٤٥) .

١٠) وفضلا عن هذه الانتقادات ، فإن جروا يشك - أصلا - في أن يكون الكفيل العيني " ملتزما " بالدين تجاه الدائن ، حتى ولو في حدود قيمة هذا الشيء . وحجته في ذلك أنه غير ملزم قانونا بسداده ، حيث يمكنه أن يكتفي بترك الشيء لينفذ عليه الدائن بحقه . والأمور الاختيارية على هذا النحو لاتشكل التزاما حقيقيا (٤٦) .

وفي سبيل التأكيد على صحة هذا الشك ، يتساءل جروا ، من أين أتى الكفيل مثل هذا الدين ، إذا كان الفرض أنه ليس هو الذي أنشأه ، ولا كان هذا الدين قد انتقل إليه . ويجيب ، إنه لايمكن أن يكون ما يتحمله الكفيل هو التزام المدين ، لأنه ، دون انتقال للالتزام ، لايمكن أن يلزم الشخص إلا نفسه ، ولايتصور أن يكون ملتزما بدين غيره . كما لايمكن أن يكون هو دين خاص به نتج عن العقد الذي أبرمه مع الدائن ، لأن الكفالة العينية لاتنشئ ثمة دين جديد ، وإلا وجد الدائن نفسه على رأس حقين (٤٧) " وهذا غير صحيح .

---

(٤٥) "C'est moins la caution qui est engagée á raison de la chose que la chose qui est menacée á raison de l'obligation de la caution " .GRUA No 25

(٤٦) " or ce n'est pas une véritable obligation que cell qui est Facultative" GRUA No 27 ,

وأنظر في نفس المعنى أيضا : دابان(ج)المقال سابق الإشارة ، ص / ٤٠

(٤٧) جروا بند / ٢٧ .

وهكذا يخلص إلى أنه ليس هناك فى الحقيقه إلا التزاما واحدا ، هو الالتزام الذى يقع على المدين • أما ما يتحمله الكفيل العينى فهو أمر آخر تماما •

١١) وفى محاولة لتحديد هذا الأمر الآخر ، يوضح جروا أن الدين ، فى الكفالة العينية ، اذا لم يكن هو حقيقة دين الكفيل ، إلا أن هذا الأخير يضمنه • وشخصه يكون فى كل الأحوال مشتركا ، أو على حد تعبيره "متورطا" فى العملية • ومن ثم يكون من المبالغ فيه القول بأن حقوق الدائن" يضطلع بها المال وحده"(٤٨) • ذلك أن تحليل أى نوع من التأمينات يظهر أن الشخص الذى يقدمها " يعانى إجبارا ، يرغمه على أن يسدد "(٤٩) الدين الذى تضمنه • فهذه التأمينات ، ليست فى النهاية إلا وسيلة ضغط على الشخص لقهره على الوفاء • لأن مايهم الدائن ليس هو التسلط على المال محلها ، بقدر ماهو استيفاء دينه • وهكذا فإن الدائن - فى الكفالة العينية لايكون له فقط مجرد حق مباشر على الشىء ، وإنما " تزدوج مع هذا الحق رابطة قانونية بينه والكفيل العينى ، تمكنه من ممارسة سلطان على شخصه •(٥٠) هذه الرابطة تبدو " فريدة فى نوعها "(٥١) " فالكفيل تعاقد ، لكنه لم يلتزم • وهو غير ملتزم ، لكنه يوجد تحت سلطان الدائن "(٥٢) •

١٢) وليس من شأن فكرة الالتزام العينى أن تحسن ، فى نظر جروا ، تفسير هذه الرابطه الفريدة ، مادام ليس هناك من دين خاص يتحمله الكفيل • إنما الذى يحسن تفسيرها عنده ، هو النظرية الازدواجية للالتزام(٥٣) • تلك التى تقوم

---

(٤٨) " sont confinés sur le bien " No 27

(٤٩) — (٥٢) جروا بند / ٢٧

(٥٣) وبعض الشراح المصريين ، من نفس هذا الرأى أيضا • راجع : د • شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص / ١٨٦ بند/ ٧٧ •

على التمييز ، أو الفصل ، في هذا الأخير ، بين : الواجب القانوني بتنفيذ أداءٍ ما ، أو مايسمى بعنصر المديونية ، وبين سلطة الجبر أو القهر[54] ، أو مايسمى بعنصر المسئولية .[55] والكفالة العينية هي أحد الامثلة على هذا التمييز أو الفصل . فالكفيل العيني " يعاني قهرا ، دون أن يوجد على رأسه دين . فهو ليس ملتزما بدين شخص آخر ، وانما هو مجبر من أجل دين على آخر "[56] .

١٣) وهكذا ينتهي جروا من هذا التحليل ، إلى نتيجه هامة ، وهي أنه ليس هناك كبير فرق بين مركز الكفيل العيني ، ومركز الكفيل

---

(٥٤) التي تمكن للدائن ، في حالة عدم الوفاء الاختياري بهذا الواجب ، من الحصول على تنفيذه جبرا .

(٥٥) راجع في هذه النظرية :
MARTY(G) et RAYNAUD(P) : Droit civil. To. 2 (1-Vol)1962 p. 8 ets No 2 bis , CARBONNIER (j) Droit civil T.4 1969 P. 447 No 122
، د . عبدالمنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ١٩٦٩ ص/١٧ بند/١١ .

(٥٦) جروا بند/٢٧ ، ويقترب د . سمير عبدالسيد تناغو (الذي يقولان الكفيل العيني " ليس مدينا راهنا لأنه لايرهن مالا ضمانا للوفاء بدينه، ولكنه كفيل راهن ") التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٥ ص/١٨ بند/٥، وقارن د . شمس الدين الوكيل ص /١٨٦ بند/٧٧ الذي ـ مع استعانته ايضا في تأصيل مركز الكفيل العيني ، بعنصري المديونية والمسئولية في الالتزام ينتهي إلى أن الكفيل العيني " تتوافر فيه صفة المديونية ، في مواجهة الدائن المرتهن، ولكنه يحدد المسئولية عنها في نطاق القيمة الاقتصادية للضمان المخصص للوفاء " وهو يصل الى هذه النتيجة من بداية ، مفادها أن " كل التزام تتوافر فيه المديونية ، مع أن ذلك لايقتضي حتما توافر مسئولية مطلقة عن أداء الالتزام بل يجوز الحد من هذه المسئولية وليس في القواعد العامة مايمنع مثل هذا الاتفاق .

الشخصى [57] . فكل منهما ، يكون خاضعا لجبر (أو قهر) دون واجب " [58] .

وينحصر الفارق بينهما ، فى أن قهر الأول يكون بواسطة تأمين عينى ، فيما يكون قهر الثانى بواسطة حق الضمان العام . وشخص كل منهما يكون دائما مشتركا (أو متورطا) فى العملية " [59] . فقط ، الطريقة ، أو الوسيلة الفنية لهذا الاشتراك ، هى التى تختلف . لكن" اختلاف طبيعة التأمين المعطى ، لاتوءثر بعمق فى طبيعة حق الدائن " [60] . ففى كل من الكفالتين يكون المرء إزاء سلطة قهر ، ثابتة لدائن ، فى مواجهة شخص ، لايتحمّل بدين [61] .

خطة البحث ، تقسيم :

إن وجود كل من جهتى الكفالة والرهن ، فى كفالتنا موضوع البحث ، يجعل أولى الخطوات إلى كشف خصوصيات أحكامها ، هو وضعها تحت منظار كل منهما على استقلال ، لبيان إلى أى مدًى يمكن أن تستجيب للأحكام المتعلقة به وسوف تخصص لذلك الفصل الأول من هذا البحث .

غير أن هذه الخطوة وحدها ستكون قاصرة فى الحقيقة عن استجلاء كل غموض هذه الفكرة . وفيها تجاهل لحقيقة تلك الطبيعة المركبة لهذا

---

(57)،(58) وهو يعتقد أن المادة / 2011 مدنى ، توءيده فى هذه الفكرة ، حين قضت بأن : من كفل التزاما ، فانه يكون عُرضة (أو خاضعا) فى مواجهة الدائن (se soumet envers le créancier) للوفاء به ، إذا لم يف به المدين نفسه " .
أما المادة / 772 مدنى مصرى ، فإن صياغتها لاتعبر - حقيقة - بوضوح فى معنى هذا الخضوع . فهى تكتفى بالقول بأن " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه "

(59)ـ (61) جروا بند / 28

النوع من الكفالة ، التى تبدو أشبه بالثمرة الهجين ، التى يساهم فى تكوينها عناصر مختلفة : هى الكفالة كتامين شخصى ، والرهن كتأمين عينى .

ولما كان لكل من نوعى التأمينات هذين أحكامه الخاصة به التى تتفق وطبيعته ، والتى قد تكون متعارضة ، ولو فى جانب منها ، مع أحكام النوع الآخر ، كان من الضرورى أن تأتى الخطوة الثانية ، والأكثر صعوبة بحق ، وهى ضرورة مواجهة نظامنا هذا المركب ، من خلال نظرة مزدوجة ، متزامنة ومقربة ، لأحكام كل من الرهن والكفالة معا . وهو ماسنخصص له الفصل الثانى من هذا البحث .

على أن هناك ملاحظة يجدر التنويه بها ، قبل الخوض فى تفاصيل هذه الدراسة ، وهى أننا لن نتوقف طويلا بالدرس والتحليل ، عند كل مايعتبر من أحكام الكفالة العينية ، مجرد تطبيق محض لأحكام الرهن أو أحكام الكفالة الشخصية ، إذ الهدف من هذا البحث هو إبراز مايخص كفالتنا موضوعه ، من الأفكار والأحكام التى تمليها طبيعتها الخاصة .

الفصل الأول

أحكام الكفالة العينية

من خلال النظرة للأحكام المتعلقة بكل من الرهن والكفالة على استقلال

- تقسيم

نوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين ، على النحو التالى :

المبحث الأول

مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة بالرهن

- تمهيد :

ضرورة التمييز فى النصوص المتعلقة بالرهن بين ما يواجه منها الراهن بصفته مجرد منشىء للضمان وما يواجهه منها بصفته مديناً أيضاً .

تقسيم :

١٤) إذا كان المشرع - سواء فى مصر أم فرنسا - قد نظم ، حقيقة ، أحكام الرهن الرسمى والحيازى ، مفترضا أصلا أن الراهن هو المدين (١) ، إلا أن هذه

(١) وإن أشار كل منهما ، عرضا ، إلى جواز أن يكون الراهن شخصا غير المدين (انظر م/١٠٣٢-١ مدنى مصرى ، فى الرهن الرسمى ، م/١٠٩٦ فى الرهن الحيازى ، وانظر م/٢٠٧٧ مدنى فرنسى فى الرهن الحيازى) : وانظر ، فى مصر ، بعض النصوص المتفرقة، التى عرض فيها المشرع لبعض احكام هذا الفرض ، وهى (م/١٠٤٢-٢، م/١٠٥٠، م/١٠٥١-٢) .

وحتى فى القوانين الفرنسية الأكثر حداثة ، كمرسوم أول مارس ١٩٦٧ فى شأن الحجز على العقارات ، وقانون ١٥ يونيه ١٩٧٦ فى شأن بعض فروض حوالة الحقوق ، لم يتبصر المشرع الفرنسى الفرض محل البحث، حيث يكون الضمان مقدما من شخص غير المدين . أشار لذلك جروا ، بند/٨ وهامش / ٦ .

الحقيقة لاتحول دون تصوّر مبدأ إمكان خضوع علاقة الدائن بالكفيل العينى لقانون الرهن بنوعيه ، حيث تستجيب هذه الإمكانية ، فى الواقع ، لإرادة الطرفين المشتركة :

فمن ناحيه الدائن ، لايعنيه ، بداهة ، شخص مقدّم الضمان ، بقدر مايعنيه الضمان نفسه • ومن ثم فإنه سيقبل بسهولة ، الرهن المقدم من جانب الكفيل مادام أنه سيخوله ، أصلاً ، نفس الحقوق ، ويكفل له نفس الضمانات التى كان ايجدها ، قانونا ، لو أن هذا الرهن كان معقودا على مال المدين •

والكفيل - بدوره - حينما قدّم باختياره ، رهنا على مال محدد من أمواله قصْد تقوية ائتمان المدين ، لم يقصد ، فى الواقع ، الانتقاص من حقوق الدائن الدائن هذه ، القانونية ، أو ضماناته ، وإلا كانت الخدمة التى يسديها ، للمدين خدمة ناقصة •

١٥) وهكذا فإن التفسير المعقول لإرادة المتعاقدين (الدائن والكفيل العينى) ينتهى إلى القول بأنهما قد قصدا أن تخضع علاقتهما لقانون الرهن ، الرسمى أو الحيازى ، على حسب الأحوال •

لكن ، هل لكلّ أحكام هذا القانون أو ذاك ؟ بالطبع لا ، لأن هناك فارقا هاما لايصح إغفاله ، بين مركز الكفيل العينى ومركز المدين • إن كلا منهما يشترك فى صفة أنه منشئ لضمان ، هذا صحيح ، لكن صفة المديونية لاتثبت إلا للمدين وحده •

لذا - فإنه ، فى البحث عما إذا كان نص ما فى قانون الرهن الرسمى أو الحيازى ، ينطبق على الكفيل العينى أم لا ، يتعين إخضاعه للتحليل

التالى : هل قصد المشرع به ، أن يواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه مجرد منشئ للضمان ، أم قصد أن يواجهه بحسبانه مدينا أيضا.

وفى الحالة الأولى فقط ، يمكن أن ينطبق هذا النص على الكفيل العينى .

ونفصل فيما يلى ، ما أجملناه ، موزعين الدراسة فى هذا البحث على ثلاثة مطالب على النحو التالى :-

المطلب الأول

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه مجرّد منشىء ضمان

إمكان انطباق هذه الأحكام على الكفيل العينى ، أمثلة :

١٦) أشرنا إلى أن أحكام الرهن ، التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقه الرهنية بحسبانه مجرد منشئ ضمان ، يمكن أن تنطبق على الكفيل العينى حيث تثبت له ، بدوره ، هذه الصفة . ولذلك :-

أ - الكفيل العينى ، وسلطات المالك الراهن :

١٧) يجوز للكفيل العينى ، حين تتم هذه الكفالة بواسطة رهن رسمى " أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر منه لايؤثر فى حق الدائن المرتهن "[٢].

كما أن له - بداهة - والفرض أنه لايزال مالكا " للعقار المثقل بالرهن ، أن يباشر على هذا العقار ، مظاهر الأعمال القانونية الأخرى التى تدخل فى ممارسة حق الملكية : كأن يثقله ، مثلا ، برهن آخر[٣] . كذلك يكون له

(٢) م/١٠٤٣ مدنى مصرى

(٣) فى هذا المعنى : كابو ، المرجع السابق ص /١٣ بند / ٥١

" الحق في إدارة العقار المرهون ، وفي قبض ثماره ، إلى وقت التحاقها بالعقار [(٤)] .

ب ـ الكفيل العيني ، وسلامة الرهن :

١٨) يلتزم الكفيل العيني ، كالمدين الراهن ، " بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية ، وأن يرجع على " [(٥)] الكفيل العيني " بما ينفق في ذلك " [(٦)] .

ج ـ الكفالة العينية ، والأجل الممنوح للمدين الاصلي :

١٩) ويرى البعض في الفقه الفرنسي إمكان تطبيق نص المادة / ١١٨٨ مدني على الكفالة العينية ، فيما يقضي به هذا النص من سقوط للأجل ، حين يكون " المدين " قد تسبب ـ بفعله ـ في إضعاف ما كان قد قدمه ، بموجب عقده مع الدائن ، من تأمينات ، حيث أن لفظة " المدين " التي استخدمها المشرع في هذا النص ، يجب ـ عنده ـ ألا تؤخذ بمعناها الحرفي ، وإنما فقط بمعنى مُنشئ الضمان . وينتهي من ذلك ، مؤكدا ، أن الاجل سوف يسقط ، بالنسبة للمدين ، في هذا النوع من الكفالة ، حينما يكون " الكفيل هو الذي أضعف

---

(٤) م/١٠٤٤ مدني مصري
(٥) ، (٦) م/١٠٤٧ مدني مصري ، وانظر أيضا نص المادة/١١٠١ في حالة الرهن الحيازي وانظر في نفس المعنى ، وفي مثال لهذا الالتزام بالضمان ، كابو ، المرجع السابق ص /٦٣ بند / ٥٢ ـ

- بفعله - التأمين "[٧] الذى قدمه على ماله .

وقد لايكون فيهذا الاستخلاص كبير ظلم ، ولانقول ثمة ظلم ، حين تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين ، أو من باب أولى كان هو الذى استحث تدخل الكفيل خدمة له ، حتى يستطيع أن يحصل على الأجل من الدائن .

إنما يبدو وجه الظلم ، على العكس ، أوضح ، حين تكون هذه الكفالة قد تمت دون علم هذا المدين ، أو بالرغم من معارضته ، أو من باب أولى كانت قد تمت لمصلحة الدائن وحده[٨] إذ في هذه الحالات ، يتحمل المدين تبعة عمل ، ليس فقط لايد له فيه ، إنما تم بالفرض من جانب شخص لم يطلب منه هذا المدين ، أن يتدخل إلى جانبه .

وربما كان ليتصور ، عند ئذ ، أن يكون الحل الأعدل ، هو قصر هذا السقوط ، أو بعبارة أخرى ، حصره ، فى علاقة الدائن بالكفيل ، ليبقى الأجل قائما بالنسبة للمدين ، لولا أن هذا الحل ، دونه ، مبدأ عدم جواز الكفالة " بشروط أشد من شروط الدين المكفول "[٩] ، أو بعبارة أخرى ، عدم جواز أن يتجاوز التزام الكفيل ، ولو فى وصفه ، التزام المدين ، وذلك

---

(٧) "le débiteur se trouve encore déchu du terme lorsque C'est la caution , qui, par son Fait, diminue la sureté" . GRUA No 11

وانظر أيضا ، في نفس المعنى :
DAGOT(M) :La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire. j.c.p 1975-1. doct- 2693

(٨) كأن تكون قد أبرمت ، بعد نشوء الدين ، لتأمين الدائن ، دون أية فائدة للمدين" . د . محمود جمال الدين ذكى ص / ١٣٠ بند / ٦٠٧ .

(٩) م/٧٨٠-١ مدنى مصرى/ ويقابلها فى فرنسا م/٢٠١٣ - ١

بناء على الخصيصة التبعية لعقد الكفالة (١٠)

د ـ الكفالة العينية برهن حيازى ، والمصروفات التى ينفقها الدائن على المال المرهـــون :

٢٠) تُلزم الماده / ٢٠٨٠ ـ ٢ مدنى فرنسى المدنى ، فى الرهن الحيازى ، بأن يدفع للدائن المرتهن " المصروفات النافعة والضرورية ، التى انفقها هـــذا الأخير ، من أجل المحافظة على المال المرهون " .

ويسلم الفقه المصرى بنفس الحكم أيضا ، تطبيقا للقواعد العامة نفسها رغم عدم تضمن المجموعة المدنية المصرية لنص مشابه (١١) .

ويطبق البعض فى فرنسا ، حكم هذا النص ، على الكفيل العينى ، مادام

---

(١٠) راجع ، فى عدم إمكان أن يتجاوز التزام الكفيل ، الالتزام الأصلى ، فى وصفـــه وتطبيق هذا المبدأ على الأجل كوصف للالتزام ، مازو (هـ.ل.جـ) وشاباس ، المرجع السابق ص/ ٢٠ بند / ١٣ دكتور / محمود جمال الدين ذكى بند / ٤١ ، ص / ٧٣ ، وانظر فى هذا المبدأ بوجه عام .

LAURENT(F): principes de droit civil Francais. To : 28 P. 170 No161 , BAUDRY- LACANTINERIE et WAHL: Traité théorique et pratique de droit civil T. 21 p. 471 et s No 964 , DUPOUY et RESSAYRE: précis de droit civil. To 2 éd. 1980 P. 180.

وراجع ، فى تأكيد بانطباق هذا المبدأ على الكفالة العينية ، كابيـــو ، المرجع السابق ص / ٣٥ بند / ٢٥ .

(١١) راجع مثلا ، د. محمود جمال الدين ذكى ص/ ٣٩٩ بند / ٢٥٥ ، وهو يجعل ، أخذا من آخرين (هم : بلانيول وريبير ، بودرى لاكانتينرى و [illegible] أشار اليهم فى هامش / ١) حق الدائن ، فى الرجوع ، فى حالة المصروفات النافعة ، فى حدود ما نشأ عن هذه المصروفات من زيادة فى قيمـــة المال المرهون .

أن العلاقة الرهنية ، في هذا الغرض ، تكون بين الدائن الذى أنفق هـذه المصروفات وهذا الكفيل ، وليس المدين • بل إن هذه العلاقة قد تكون دون علم هذا الأخير • فقط يرى أن للكفيل العيني، بمقتضى المادة ٢٠٢٨/ مدني أن يرجع بهذه المصروفات ، بدوره ، على المدين • بما يعني أن هذا الأخير " هو الذى سوف يتحمل في النهاية هذه المصروفات " (١٢) •

ونحن نعتقد أن القول برجوع الكفيل على المدين ، بهذا النوع من المصروفات ، محل نظر • وأنه يستند إلى تفسير خاطىء لمفهوم المصروفات التي يجوز للكفيل أن يرجع بها على المدين ، طبقا للمادة/٢٠٢٨ ـ ٢ مدني فرنسي التي تم الاستناد إليها (١٣) • فالمصروفات ، في معنى هذه المادة ليس يقصد بها ، في اعتقادنا ، الأموال التي ينفقها الدائن ، أو الكفيل ، على أى نحو ، بمناسبة الكفالة ، وإنما يلزم ، فيما نعتقد ، أن تكون قد أنفقت بسببها (١٤) ، بما يبرر ـ حتى عدالة ـ الرجوع بها على المدين وهو ما لايتحقق في الغرض محل البحث ، حيث أنفقت هذه المصروفات على مال يخص الكفيل العيني ، ومن أجل المحافظة على هذا المال • وقد كان الكفيل سيد فعها ، على أية حال ، حتى ولو لم يكن قد تقدم كفيلا به ، وذلك

---

(١٢) كايو ، المرجع السابق ص / ٥٢ بند/ ٤١ ، وقارن ـ مع ذلك ـ تحديده لمفهوم المصروفات في معنى المادة / ٢٠٢٨ ـ ٢ ، ص / ٨٤ بند/ ٦٦ •

(١٣) ويقابلها في مصر نص المادة / ٨٠٠ ـ ٢ الذى يجرى على نفس النسق •

(١٤) وهو مايعبر عنه البعض بأنها ، قد أنفقت " نتيجة للكفالة " راجع ، د • محمود جمال الدين زكي ص / ١٣٢ بند / ٦٧ ، وانظر ايضا : لوران ، المرجع السابق جـ / ٢٨ ص / ٢٤٥ ومابعدها بند/ ٢٣٤ ، بودرى لاكانتينرى وڤال ، المرجع السابق ص / ٥٢٣ ومابعدها بند/ ١٠٨١ •

حفاظا على ماله هذا ، أى لمصلحة نفسه ، بما لايمكن معه القول - بدقة - بأن المدين هوالذى تسبب فيها ، أو أنها قد أُنفقت بسبب الكفالة. يستوى فى هذا الذى نقول به ، أن تكون إضافة هذه المصروفات إلى أصل الدين المكفول قد جعلت إجمالى حق الدائن يجاوز قيمة المال المرهون ، أم بقى هذا الإجمالى معها ، أقل من هذه القيمة . إذ فى الفرض الأول ، لن يكون الكفيل مسئولا إلا فى حدود القيمة الاقتصادية لماله المرهون ، وفى الفرض الثانى تكون هذه المصروفات قد أُنفقت لمصلحته (١٥) .

هـ - الكفالة العينية برهن حيازى ، والتزامات الدائن المرتهن :

٢١) وحين تكون الكفالة العينية قد تمت بطريق الرهن الحيازى ، يكون على الدائن الذى تسلم الشيء المرهون المملوك للكفيل العينى ، أيضا ، أن يحافظ عليه ، وأن " يبذل فى حفظه وصيانته ، من العناية ، مايبذله الشخص المعتاد " (١٦) . ويكون مسئولا ، فى مواجهته " عن هلاك (١٧) هذا الشيء " أو تلفه ، مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه (١٨) . ويكون عليه - عند البعض من الشراح - دفع الضرائب والرسوم المفروضة على الشيء ،

---

١٥) راجع ، بوجه عام ، فى مفهوم المصروفات التى يمكن أن يرجع بها الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : لوران ، المرجع السابق جـ/٢٨ ص /٢٤٥ بند / ٢٣٤ ، بودرى لاكانتيرى وڤال ، المرجع السابق ص/٥٢٣ ومابعدها بند / ١٠٨٠ د. السنهورى ص/١٧٥ بند /٦٣ د. محمد كامل مرسى ص/١٢٠ ومابعدها بند /١٠٥ .

(١٦) إلى (١٨) م/١١٠٣ مدنى مصرى ، ويقابلها فى فرنسا نص المادة/ ٢٠٨٠-١ مدنى ، وإن كان النص المصرى يجعل من التزام الدائن بسلامة الشيء المرهون التزاما بنتيجة" هى أن يظل هذا الشيء فى حيازته ، بالحالة التى كان عليها وقت أن تسلمه " راجع د. محمود جمال الدين ذكى ص/٤٠٢ بند /٢٥٨، فيما يكون هذا الالتزام فى النص الفرنسى ، مجرد التزام ببذل عناية وهو مايستتبع ألا يكون الدائن مسئولا ، إلا إذا ثبت إهماله فى المحافظة على الشيء . راجع فى هذا المعنى ، ضمنا ، كابو ص / ٥٤، ٥٥ بند /٤٣ .

بحسبان ذلك ، مما يدخل في أعمال الصيانة[19] كما أن عليه ، وهو يتولى إدارة هذا الشيء ، أن يبذل في ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد ٠ وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء "[20] الكفيل العيني " ويجب عليه أن يبادر بإخطار[21] هذا الاخير " عند كل أمر يقتضي تدخله "[22] ٠

ويرى البعض في الفقه الفرنسي ، أنه يجوز للكفيل العيني ، إذا ما أساء الدائن إدارة ماله المرهون ، أن يجبره ـ قضاء ـ بمقتضى المادة/٢٠٨٢ـ١ على رده له[23] ٠

و ـ الكفالة العينية ، والخاصية التبعية للرهن :

٢٢) وأخيرا ، تحتفظ الكفالة العينية ، أيضا بما للرهن من خاصية تبعية ٠ ومن ثم فإنها تزول ، إذا انقضى الدين المضمون ، وعلى الأخص إذا كان هذا الانقضاء بتجديده عن طريق تغيير المدين فيه ٠ وقد حرص المشرع المصري ، على النص في المادة / ٣٥٨ مدني ، على أن " الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ٠٠ " لاتنتقل إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء[24] ٠

---

(١٩) فيهذا المعنى دكتور محمود جمال الدين ذكي ص / ٤٠١ بند /٢٥٨ ، وانظر أيضا كابو ص / ٥٨ بند / ٤٧ وإن أسس هذا الالتزام ، على أنه يمثل الوجه المقابل لحق الدائن الذي تقرره المادة / ٢٠٨٥ـ ٢ مدني فرنسي ٠

(٢٠) الى(٢٢) م/١١٠٦ ـ ١ مدني مصري

(٢٣) كابو ـ ص /٥٥ بند / ٤٣

(٢٤) ويقابلها في فرنسا ـ تقريبا ، نص المادة / ١٢٧٩ المعدلة بقانون ١٦ يوليه ١٩٧١ ٠ ولمزيد من التفاصيل فيهذا الشأن راجع : داجو ، مقال ١٩٧٥ سابق الاشاره ٠

المطلب الثانى

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه منشىء ضمان ، ومدينا مسئولا شخصياً عن الدين ، فى آن واحد

عدم انطباق هذه الأحكام على الكفيل العينى ، أمثلة

٢٣) أشرنا إلى أن هناك جانبا من النصوص التى تحكم الرهن الرسمى والحيازى ، تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية ، بحسبانه ، فى آن واحد ، منشىء ضمان ، ومدينا مسئولا شخصيا عن الدين ، بمعنى أن " اجتماع هاتين الصفتين فيه ، يكون هو علة وجود هذه النصوص (٢٤) . ومن ثم فإن هذا الجانب لن ينطبق — على العكس — على الكفيل العينى .

ونوجز ، فيما يلى ، بعض الأمثلة لذلك :

أ - الكفيل العينى ، وتخلية العقار المرهون :

٢٤) فعلى العكس من المدين ، تثبت للكفيل العينى رخصة تخلية العقار المرهون (٢٥) . وثبوت هذه الرخصة له ، وعدم ثبوتها للمدين ، أمر مفهوم فى الحقيقة . إذ هى بالنسبة للأخير لن تفيده ، فى الواقع ، شيئا ، مادام أن تخليه عن حيازة العقار المرهون ، لن يجعل أمواله الأخرى بعيدة عن متناول الدائن ، لأنه

---

(٢٤) جروا ، بند / ١٣

(٢٥) ويرى البعض فى ثبوت هذه الرخصة له ، إحدى مزايا نظام الكفالة العينية راجع ، كابيو ص / ١٥ بند / ١٠ .

مسئول شخصيا عن الدين في كل ذمته المالية (٢٦) ٠ فيما تكون لهذه التخلية – على العكس – كل أهميتها بالنسبة للكفيل العيني الذى تنحصر – بالفرض – مسئوليته في العقار موضوعها ٠ إذ بها ، على الأقل ، يحافظ – كحائز العقار المرهون ، على مظاهر ائتمانه ، ويقي سمعته المالية من خطر الإضرار بها فيما لو كانت إجراءات التنفيذ على هذا العقار ستتخذ في مواجهته ، الناتج (أى هذا الإضرار) من الاعتقاد ، المحتمل ، بأن هذا التنفيذ يرجع لإعساره ٠

وهكذا قضت الفقرة / ٢ من الماده/١٠٥١ مدنى مصرى ، بانه "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه، إذا هو تخلى عن العقار المرهون ، وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار " ٠

والفقه المصرى يُجمع على ثبوت هذه الرخصة للكفيل العيني (٢٧) ٠فقط تختلف الآراء ، فيه ، حول أساس هذا الحكم ، باختلاف النظرة لمركز الكفيل

---

(٢٦) فى هذا المعنى : جروا بند / ١٥ ، وقرب د ٠ محمود جمال الدين زكى ص / ٣١٩ بند / ١٧٨ ٠

(٢٧) راجع مثلا : د ٠ السنهورى ص /٥٧٧ بند / ٣٠٥ ، د ٠ محمد كامل مرسى التأمينات الشخصية والعينية ط / ٣ ١٩٣٨ ص / ٢٢ بند /١٧، دكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد ط / ٢ ١٩٥٩ ص / ٢٨١ بند /١٧٩ ، د ٠ شمس الدين الوكيل ص/٢٤٧ بند / ١٠٥ د ٠ عبدالمنعم البدراوى ص / ٢١٩ بند / ١٥٩ ، د٠ حسام الدين كامل الأهوانى ص / ٦١٧ بند / ٥٠٧ ، د٠ نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ١٩٨٥ ص /١١٩ ، وكذلك الفقه المشار اليه فى الهامش التالى (٢٨) ٠

العينى [28] .

ورغم أن المادة / ٢١٧٢ مدنى فرنسى ، ليست - فى هذا الشأن - بنفس صراحة النص المصرى سابق الاشارة ، حيث تتكلم عن رخصة التخلية فى خصوص " الأغيار الحائزين غير الملتزمين شخصيا بالدين " إلا أن الفقه الفرنسى يسلم ، أيضا ، بثبوت هذه الرخصة للكفيل العينى [29] . ويبرر بعضه ، ذلك ، من بين مايبرر به ، بأن هذا الأخير قد تعاقد ، فى الحقيقة وفى نيته أنه لن يكون معاملا ، فى العلاقة بالدين ، معاملة أقل من معاملة مشترى العقار المرهون من جانب المدين نفسه [30] .

هذا ولما كان الكفيل العينى ، بالتخلية ، يترك مجرد الحيازة المادية للعقار ، الذى تبقى له ، معها ، ملكيته ، فإنه إذا ماحدث وهلك هذا العقار ، بفعل قوة قاهرة ، بعد التخلى عنه ، وقبل الحكم برسو المزاد فإنه يهلك على الكفيل العينى ، الذى ستنقضى كفالته بهلاك العقار ، هذا

---

(٢٨) انظر فى هذا الشأن : د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٣١٩ بند / ١٧٨ ، منصور مصطفى منصور ص / ١٥١ بند / ٦٨ ، دكتور محمد على امام ص / ١٦٧ بند / ٩٧ دكتور عبدالناصر توفيق العطار ص / ١٤٨ بند / ٧٣ .

(٢٩) راجع مثلا : PLANIOL et RIPERT par BECQUÉ(E) : Traité pratique de droit civil Fançais. To : 13. 2 éd. 1953 P. 5o1 et s No 1146
مازو (هـ . ل . جـ) وشاباس ص / ٤٨٨ بند / ٤٩٩ ؛
وكذلك الفقه المشار اليه فى الهامش التالى (٣٠)

(٣٠) كابيو ، ص / ٦٧ بند / ٥٥

صحيح ، لكنه لن يستطيع أن يرجع بثمنه على المدين [٣١] • كذلك ، يقيس البعض ، في الفقه الفرنسي ، الكفيل العيني ، على الحائز ، ويعطيه ، من ثم ، الحق في أن يعدل عن التخلية ، ويسترد عقاره المرهون ، "على أن يفي بالدين ، وبما أنفقه الدائن من مصروفات " [٣٢]

ب ـ الكفيل العيني ودخول مزاد بيع المال المرهون :

(٢٥) ويتصل بالمسألة السابقه ، أنه ، على العكس من المدين ، يجوز للكفيل العيني أن يدخل مزاد بيع ماله المرهون [٣٣] ، بما يحتمل معه أن يرسو عليه هذا المزاد [٣٤] ، وذلك لانتفاء مبرر حظر ذلك على المدين ، بالنسبة لهذا الكفيل •

فالفكرة في هذا الحظر [٣٥] بالنسبه للمدين ، أنه لو جاز له أن يسترد عقاره ، في المزاد ، بثمن أقل من الدين الذي يلتزم به ، فإن الدائن ـ الذي لم يستوف بالفرض كامل حقه ـ سوف يعود الى إتخاذ إجراءات حجز جديدة على نفس العقار الذي استرده المدين حتى يستوفي ماتبقى له ، وهكذا إلى

---

(٣١) في هذا المعنى : كابيو ص/٦٧ ، ٦٨ بند/٥٥ ، وفي مصر (في خصوص حائز العقار المرهون الذي يباشر التخلية) د • محمود جمال الدين ذكي ص/٣٢٢ بند/١٨١ •

(٣٢) كابيو ص /٦٨ بند / ٥٥

(٣٣) وقد نص المشرع المصري على هذا الجواز ، صراحة بالنسبة للحائز (انظر م/١٧٤ مدني) والشرط المعلق عليه هذا الجواز ، في هذا النص ، يخص في الحقيقة مركز الحائز بالذات ، ولا يعرض بشأن الكفيل العيني •

(٣٤) في هذا المعنى : جروا بند / ١٤

(٣٥) ليس في القانون المصري ، من نص صريح في هذا الحظر ، وإن أمكن استخلاصه من المبادئ العامة . أما في فرنسا فقد ورد هذا الحظر في المادة / ٧١١ مرافعات قديم ، وتجدد بموجب المادة/١٦ من مرسوم أول مارس ١٩٦٧ راجع جروا بند / ١٤ هامش / ٩ •

مالا نهاية . ومثل هذه الخشية لاتتحق - بداهة - في الكفالة العينية ، إذ لن يكون من حق الدائن، إذا رسا المزاد على الكفيل العيني بمبلغ أقل من الدين ، مباشرة حجز جديد على العقار بين يدى الكفيل . فالفرض ان هذا الأخير ليس ملتزما في مواجهته بدفع كامل الدين ، وأن مسئوليته قبله ، تنحصر في حدود المال المرهون لا أكثر .

ج - الكفيل العيني ، وكل من بند التملك عند عدم الوفاء ، وبند الطريق الممهد :

٢٦) تقضي المادة ١٠٥٢/ - ١ مدني مصري ، صراحة ، ببطلان " كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التي فرضها القانون ...."(٣٦).

ويُعرف الاتفاق الأول ، فقها ، ببند (أو شرط) التملك عند عدم الوفاء(٣٧) فيما يعرف الثاني ببند (أو شرط) الطريق الممهّد "(٣٨) .

والفكرة في حظر هذا البند أو ذاك ، في علاقة الدائن بالمدين الراهن واضحة تماما ، حيث خطورتهما الكبيرة على هذا الأخير ، وبالتبعية على دائنية الآخرين(٣٩) : فالبند الثاني ، " يجرده"(٤٠) - على الأقل - " من الحماية التي يوفرها له قانون المرافعات .. باجراءات التنفيذ العقاري(٤١) ،

(٣٦) ويقابلها في فرنسا ، نص المادتين ٢٠٧٨، ٢٠٨٨ مدني
(٣٧) pacte commissoire
(٣٨) cluse de voie parée
(٣٩) في هذا المعنى : جرول بند ١٧/
(٤٠)، (٤١) د . محمود جمال الدين زكي ، د / ٢٧٨ بند / ١٤٦

فيما ينتهي الأول، في الأعم الأغلب من الحالات ، الى تملك الدائن للمال المرهون ، بثمن لايتناسب أبدا وقيمته الحقيقية [٤٢] . ثمن " لم يرض [٤٣] هذا المدين " في الحقيقة ، به ، لـدم توقعه وقت الرهن " [٤٤] . وهو (أى هدا المدين) يكون ، في هذا البند أو ذاك ، مضطرا ، تحت ضغط حاجته الملحة الى المال ، إلى الاذعان لرغبة دائنه المستغل " [٤٥] آملا ، على كل حال في قدرته على الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ثم يجد نفسه ، في أكثر الأحوال ، عاجزا عن الوفاء في الأجل المحدد " [٤٦] .

ولما كانت هذه المخاوف تقل ، في الحقيقة، والى حد كبير [٤٧] ، حين يكون الراهن شخصا غير المدين ، حيث لاضرورة ملحة لمال، تسمح للدائن على نفس النحو ، أن يفرض عليه بندا مثل هذا أو ذاك لايقبله حقيقة وتضطره الى الاذعان له، فإن البعض ،في الفقه الفرنسي، يرى إمكان ستثناء الكفالة

---

(٤٢) حيث عادة ماتكون قيمة العقار المرهون أزيد بكثير جدا من قيمة الدين المضمون . راجع د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٧٦ بند /١٤٥ .

(٤٣)،(٤٤) د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٧٧ بند / ١٤٥

(٤٥) وتعليقا على نفس الحظر في القانون الفرنسي ، يقول : بيرلييه ، ان المشرع قصد بذلك " منع الاستغلال الجشع لبوءس المدين" في هذا الاخير يكون " معانيا من هذا الشرط أكثر منه قابلا له ، مادام أنه يصبح شرطا للقرض " أشار اليه كايو ص / ٥٩ بند / ٤٨ .

(٤٦) " لظروف سيئة ، أو لتضخم الدين بالفوائد المتفق عليها ، د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٧٦ بند / ١٤٥ .

(٤٧) إن لم نقل - مع البعض - تنعدم ، انظر كايو بند / ٤٨ ص /٥٩ .

العينية من حظر مثل هذين البندين[48] • كما يدعم بعض أنصار هذا الاتجاه وجهة النظر هذه ، بأن النصوص التى أقامت هذا الحظر هى نصوص استثنائية بالنظر إلى خروجها على مبدأ حرية الاتفاقات • ومثل هذا النوع من النصوص يجب عدم التوسع فى تفسيره ، ومده إلى فروض لم تكن متوقعه عند وضعه[49] •

د ـ الكفيل العينى ، وحوالة الحق المضمون بالرهن •

٢٧) استخدمت كل من المادتين / ٣٠٥ مدنى مصرى ، ١٦٩٠ مدنى فرنسى لفظة "المدين" فى صدد بيان موجبات نفاذ حوالة الحق ، حين اشترطت كل منهما لهذا النفاذ ، إعلان " المدين " بهذه الحوالة •

فإذا كان الحق المحال مضمونا برهن ، قدمه أحد الأغيار ، بات التساؤل واردا ، عما إذا كان يلزم إعلان الحوالة إليه • أو بعبارة أخرى ، عما إذا كان يتعين ، فى هذا الشأن ، تسوية الكفيل العينى بالمدين •

يعتقد ذلك بعض الشراح الفرنسيين[50] ، فيما لا تعتقده غالبيتهم[51] ، لأن حوالة الحق ، إذا كان يجب أن تكون مُعلنة للمدين ، فذلك حتى لا يفى بين يدى شخص لم يعد دائنا ، حين أن مثل هذا الخطر لا يترصد الكفيل

---

(٤٨) فى هذا الاتجاه ، جروا بند /١٧ ، والفقه المشار اليه فيه هامش / ١٤ ، كايو ص ، ٥٩ بند / ٤٨

(٤٩) راجع ، كايو ص / ٥٩ بند / ٤٨ ، وعكس ذلك د • محمود جمال الدين ذكى ص/ ٢٧٥ ، ٢٧٦ بند /١٤٤ (وهو يرى بطلان هذين الشرطين لمخالفتهما للنظام العام) وانظر ايضا فى نفس هذا المعنى : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ/ ٧ ص / ٦٢

(٥٠) جيوار ، اشار اليه جروا بند / ١٦ هامش / ١٣ •

(٥١) جروا بند/١٦ ، والفقه المشار اليه فيه هامش /١٣ •

العينى ، الذى لايمكن أن يكون متابعا إلا من قبل صاحب الحق [٥٢] .

هـ ـ الكفالة العينية ، وحق الدائن المرتهن فى حبس المال المرهون ، فى القانون الفرنسى :

٢٨) على خلاف أحكام القانون المصرى [٥٣] ، تقضى المادة ٢٠٨٢/٢ ـ ٢ مدنى فرنسى بأنه " إذا نشأ لنفس الدائن (المرتهن) ، تجاه نفس المدين (الراهن) دين آخر ، بعد الرهن ، وأصبح (أى هذا الدين) مستحق الأداء قبل الدين الأول ، فإن الدائن لايكون ملزما بأن يتخلى عن المال المرهون ، قبل أن يستوفى كلا الدينين بالكامل ، حتى ولو لم يوجد أى اشتراط لتخصيص الرهن لضمان الوفاء بالدين الثانى " . فهل يسرى نفس الحكم على الكفيل العينى؟ وبعبارة أكثر وضوحا ، لو أن الكفالة العينية تمت عن طريق رهن حيازى ، ثم نشأ للدائن المرتهن ، فى مواجهة مدينه ، وبعد تقديم هذه الكفالة ، حق أصبح مستحق الأداء قبل الدين المكفول ، فهل يستطيع الدائن أن يحبس مال الكفيل العينى حتى يستوفى الدينين بالكامل ؟ .

بالقطع لا ، يجيب ـ بحق ـ بعض الشراح الفرنسيين [٥٤] . فأساس الحكم السابق وجود " اتفاق ضمنى " [٥٥] بين الدائن المرتهن ومدينه الراهن على أن يكون المال المرهون مخصصا أيضا لضمان الديون التى يمكن أن تستجد فى العلاقة بينهما [٥٦] . وبديهى أن مثل هذا التحليل ـ أو على حد

---

(٥٢) جروا بند / ١٦

(٥٣) راجع فى هذا الشأن : د . محمود جمال الدين زكى ص / ٤١٦ بند / ٢٦٦

(٥٤) ـ (٥٦) كابو ص / ٥٠ ، ٥١ بند / ٣٩

تعبير هذا البعض " القرينة القانونية "[٥٧] - لاينطبق على الفرض الذى يكون الضمان فيه مقدما من جانب شخص غير المدين[٥٨] . فالكفيل العينى ماقصد أن يثقل ماله " إلا من أجل الوفاء بالدين الذى يعرفه ٠٠ ومن المستحيل تبعا لذلك - افتراض رضائه الضمنى بتخصيصه لضمان جديد[٥٩] ٠ هذا فضلا عن أن النص الذى أقام هذا الحكم هو نص استثنائى " ومن المبادىء الأولية المسلم بها ، أن الاستثناءات لايصح التوسع فيها ومدها من حالة إلى أخرى[٦٠] .

---

(٥٧)ـ(٦٠) كايو ص / ٥٠ ، ٥١ بند / ٣٩

المطلب الثالث

الكفيل العينى والأحكام المتعلقة بحائز العقار المرهون

تمهيد : بين مركز الكفيل العينى ومركز حائز العقار المرهون :

٢٩) بينا حتى الآن ، مدى ماينطبق على الكفالة العينية من الأحكام المتعلقة بالرهن • بيد أن بعضا من أحكام هذا الأخير يتعدى العلاقة بين طرفى الرهن ، إلى من يكتسب ملكية المال المرهون دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين ، وهو مايعرف فى الاصطلاح بحائز العقار المرهون •

وتعرف أن الكفالة العينية قد تتم من طريق الرهن الرسمى ، الذى تبقى فيه ـ بالفرض ـ حيازة المال المرهون ، للكفيل العينى مالكه • ونعرف أيضا أن هذا الاخير لايكون ، هو الآخر ، ملتزما شخصيا بالدين • ويعنى هذا وذاك أن الكفيل العينى ، كالحائز ، من حيث أن " فى حيارته هو الآخر عقار مثقل برهن ، مرتبط (أى هذا الرهن) بدين ليس دينه "(٦١) •

فهل يستوى ، تماما ـ لذلك ، مركز الكفيل العينى ، مع مركز الحائز ؟ وهل يخضع الأول لجميع الاحكام المتعلقة بالثانى ؟ •

٣٠) إن وضع الكفيل العينى يقترب ، ولاشك ، إلى حد كبير ، من وضع

(٦١) كابيو ، ص / ١٧ بند / ١٢

الحائز [٦٢]. كما أن الأسس التى تقوم عليها فكرة الالتزام العينى (أوالمسئولية العينية) على النحو السابق بيانه [٦٣]، تنسحب فى الحقيقة، على كل منهما.
ولذلك فإن أنصار الفكرة يرون فى الأول نوعاً من الثانى [٦٤] ، بل يصل بعضهم إلى حد إنكار أى فرق بينهما [٦٥].

لكننا، مع ذلك، نختلف مع بعض أنصار هذه الفكرة من الشراح المصريين، حين يستندون — فى تشبيه الكفيل العينى بالحائز — إلى أساس من أن كلا منهما " يُسأل " [٦٦] عن الدين " مسئولية عينية، بسبب تخصيص مال يملكه لضمان الوفاء به " [٦٧]. ففضلا عما أُخذ على مثل هذا التحديد لمفهوم سبب مسئولية الكفيل العينى، كما بينا، فى موضع سابق [٦٨]، فإن أساس هذا التشبيه تعوزه الدقة أيضا، من حيث أن الحائز، على العكس من الكفيل العينى، لا يكون هو الذى خصص المال للضمان، وإنما انتقلت إليه، فى الحقيقة، ملكية هذا المال، محملة بهذا الوصف.

٣١) ويبقى، على أية حال، أنه مهما كان اقتراب مركز الكفيل العينى من مركز الحائز، إلا أن ذلك لا يُخل بأن هناك فارقا هاما بينهما، من حيث أن الحائز شخص " أجنبى تماما عن كل من الدين والرهن " [٦٩]، فلا هو

---

(٦٢) فى هذا المعنى كابيو ص / ٦٤ بند / ٥٣، مازو (هـ.ل.ج) وشاباس ص/ ٢٧١ بند / ٢٦٢.
(٦٣) راجع سابقا بند / ٥ ومابعده.
(٦٤) اشار لذلك كابيو ص / ٦٤، ٦٥ بند / ٥٣
(٦٥) صاحب هذا الرأى هو / تيزار، أشار إليه، وانتقده، كابيو ص /٦٥ بند/ ٥٣
(٦٦)،(٦٧) د. محمد على إمام ص / ١٦٨ بند / ٩٨
(٦٨) راجع سابقا بند / ٩
(٦٩) كابيو ص / ١٧ بند / ١٢

" تعاقد مع الدائن "[70] ، ولا هو الذى قدم التأمين "[71] ، فيما أن الكفيل العينى شخص قبل الضمان[72] ، لأنه ببساطه ، هو الذى ، وباختياره ، قد أنشأه .

ولعل هذا الفارق هو الذى يفسر ، كيف لاتنطبق على الكفيل العينى بعض الأحكام المتعلقة بالحائز ، كالأحكام التى نشير إليها فيما يلى :

(ا) بين الكفيل العينى والحائز - من حيث رخصة تطهير العقار المرهون :

٣٢) فإذا كان للكفيل العينى ، كالحائز ، رخصة تخلية العقار المرهون ، على النحو الذى سبق أن بيناه وأوضحنا مبرره[73] ، فإنه - على العكس منه ، ليس له أن يطهر هذا العقار من الرهن . وهذا أمر مسلم به فى الوقت الحاضر[74] ، خلافا لاتجاه فى الفقه الفرنسى القديم ، كان يرى أنصاره

---

(٧٠) (٧١) جروا بند / ١٨ وهو يضيف أنه ، إذا كان القانون يعترف له بحقوق خاصة فذلك بوضوح لأنه لم يكن طرفا فى العقد المنشئ للرهن .

(٧٢) كايو ص / ١٧ بند / ١٢

(٧٣) راجع سابقا بند / ٢٤ ، وانظر فى هذا المعنى : مازو (هـ . ل . جـ) وشاباس المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ .

(٧٤) انظر مثلا : كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، المرجع السابق بند / ١٣٣٤ ص / ١٠٧٩ ، جروا بند / ١٨ ، كايو ص / ٦٨ ومابعدها بند / ٥٦ ، لـبران المرجع السابق جـ / ٣١ ص / ٤٠٦ بند / ٤٢٤ : مازو (هـ.ل.جـ) شاباس ص / ٤٩٤ بند / ٥١٢

وفى مصر : د . السنهورى ص / ٥٤٤ بند / ٢٨٢ ، د . سليمان مرقس ص/٢٨١ بند /١٧٩ ، د . شمس الدين الوكيل ، ص/٢٣٨ بند / ١٠٤ ، د . عبدالمنعم البدراوى ص / ١٩٨ بند / ١٤٣ ، د .منصور مصطفى منصور ص/١٥١ /بند ٦٨ د . محمود جمال الدين ذكى بند / ١٦٧ ، د . محمد على إمام ص/ ١٦٨ بند / ٩٨ .

التسوية بين هاتين الرخصتين ، ومن ثم جواز التطهير لمن يمكنه التخلية .(75)(76)

وهو اتجاه منتقد في الحقيقه ؛ لأن الحائز ، إذا كان له أن يطهر العقار الذى آلت إليه ملكيته ، فلأنه ـ كما قلنا ـ أجنبي تماما ، ليس فقط عن الدين ، وإنما عن الرهن نفسه . ومن ثم فإن استعماله لما يخوله له " القانون "(77) من حق في تطهير العقار ـ على ماله من أهمية بالنسبة له ـ لاخرق فيه لمبدأ القوة الملزمة للعقود (78) ، لسبب بسيط ، أنه لم يكن ، أصلا ، قد تعاقد مع الدائن حتى يكون عليه من شيء يجب أن يحترمه في مواجهته (79) .

أما الكفيل العيني ، فليس أجنبيا عن الرهن ، بالعكس ، إنه هو الذى

---

(75) رأى منسوب لـ تروبولونج ، مارتو ، أشار اليهما كابو ص / 68 بند / 56 . كما نسبة د / محمود جمال الدين ذكى (ص/305 هامش / 21) للفقيه الفرنسي لوران في موءلفه سابق الاشارة ج / 31 بند / 424 ، والحقيقة أن هذا الفقيه يوءكد في هذا الموضع من موءلفه وجهة النظر العكسية ، فهو يقول في ص / 406 مانصه :

" Toutefois nous croyons aussi que le tiers détenteur (يقصد الكفيل العيني) ne peut pas purger, mais pour un autre motif " .

(76) وقد كانت وجهة نظر داللوز ، في تأييده لهذا الاتجاه (والأمر عنده يتعلق بمسألة تفسير لإرادة الكفيل) أنه لايصح ـ وقد كان بوسع هذا الأخير أن يشترط حق التطهير لنفسه في عقده مع الدائن ، أن يستخلص من مجرد عدم احتفاظه لنفسه بهذه الرخصة صراحة ، أنه قد تخلى عنها ، وإنما الأولى في حالة الشك ، وجوب القول بتركها له ، مثله مثل أى حائز غير ملتزم بالدين .. أشار لذلك كابو ص / 71 بند / 56

(77)ـ(79) لابيه ، أشار إليه كابو ص / 69 بند / 56

رتبه على عقاره بتعاقده مع الدائن المرتهن • ومتى كان ذلك ، كان من الضروري أن يمتنع عليه التطهير [80] ، لأن هذا الاجراء يوءثر ، ولاشك على حق هذا الدائن ، من حيث " يترتب عليه تعطيل ميزة التتبع التى تنشأ عن الرهن لمصلحته " [81] ، فيتعبر لذلك تعرضا من جانب الكفيل [82] له ، حين أنه على العكس ، ملتزم فى مواجهته بضمان الرهن الذى ارتضاه [83] • والقاعدة أن من عليه الضمان ، يمتنع عليه التعرض •

هذا فضلا عن أنه ليس يكفي للتطهير ، كما يوءكد البعض ، أن يتعلـــق

---

(80) فى هذا المعنى : د • عبدالمنعم البدراوى ص/198بند/143، دكتـــور عبدالفتاح عبدالباقى ، الوسيط فى التأمينات العينية 1954ص /136، 137 بند/154، د • نعمان جمعة ص/107• أما من يكتسب ملكية العقار عن الكفيل العينى ، فانه يكون ، فى نظر البعض ، حائز ، ويصح له ، عنده ، أن يلجـأ إلى التطهير ، راجع د • عبدالمنعم البدراوى ص/198بند/143 •

(81) د • محمود جمال الدين ذكى ص/305بند/167، عن كلٍّ من بلانيول وريبيـــر وراجع ، فى معنى أن التطهير يشكل تعديلا لشروط العقد ولما قد يتضمنه هذا الأخير من آجال ، وذلك من حيث أنه يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، أو استيفائه قبول حلول أجله ، لابيه أشار إليه كايو ص/69 بند/56 وفى نفس المعنى د • محمود جمال الدين ذكى ، الموضع السابق ، بلانيـول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص / 547 ومابعدها بند/1199 •

(82) فى هذا المعنى : د • سليمان مرقص ص /281 بند/ 179 ، د • حســـام الاهوانى ص/573 بند/468 د • منصور مصطفى منصور ص /151 بند/68، دكتور سليمان مرقس ص /281 بند / 179 ، د • محمود جمال الدين ذكـــى ص /305 بند / 167 •

وفى الفقه الفرنسى : جروا بند / 18 ، كايو ص / 68 ، 69 بند / 56 ، MARTY et RAYNAUD: Droit civil T.3 éd. 1971 p.210 No 342 , MAZEAUD(H,L,et j) par CHABAS(F): Leçons de droit civil. To3.5 éd. 1977 p.271 No: 262

(83) بل يرى البعض ، تأسيس ذلك ، على أن الكفيل هو شخص ، قبل أن تتوافر فيــه صفة المديونية الى جوار المدين ، راجع د • شمس الدين الوكيـــــل ص / 238 بند / 104 •

الأمر بغيرٍ ، حائز [٨٤] وإنما يلزم أيضا أن تكون لمن يُباشر هذا الاجراء صفة " المكتسب " [٨٥] ، أي المالك الجديد للعقار ، وكل النصوص المتعلقة بالتطهير تفترض ذلك". بيد أن الكفيل ليس مكتسبا بالمعنى القانوني ، لأنه في اللحظة التي تملك فيها العقار ، كان هذا الأخير خاليا . فقط أُثقل بالرهن فيما بعد" [٨٦] .

(ب) بين الكفيل العينى والحائز ، من حيث إمكان التمسك بتقادم الرهن استقلالا عن الدين المضمون (فى القانون الفرنسى)

٣٣) وعلى نفس النسق ، لايمكن أن يستفيد الكفيل العينى ، من الاستثناء المقرر صراحة لمصلحة الحائز ، في القانون الفرنسي ، بالمادة / ١٨٠ ، (رابعا فقره/٢) [٨٧] ، والذى كان المشرع المصرى قد اتجه إليه في المادة/ ١٥١٠ من المشروع التمهيدى [٨٨] ، بأن يتمسك بتقادم الرهن ، ومن ثم بانقضائه بالاستقلال عن تقادم الدين المضمون ، إذا وضع يده على العقار المرهون

---

(٨٤) Tiers détenteur

(٨٥) l'acquereur

(٨٦) لوران ، المرجع السابق ج / ٣١ ص / ٤٠٦ ، ٤٠٧ بند / ٤٢٤ ، وفي نفس المعنى : جايو ص / ٧٠ ، ٧١ بند / ٥٦ ، مازو (هـ ٠ ل ٠ جـ) وشاباس ص/ ٤٩٤ بند / ٥١٢ .

(٨٧) التي تستدرك على مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون ، قائلة أنه ، بالنسبة للأموال المرهونة ، التي تكون تحت يد حائز ، يتم تقادم الرهن لحالح هذا الأخير ، بمضى المدة اللازمة لاكتساب حق الملكية .

(٨٨) التي كانت تقضي بأنه " لاينقضى الرهن الرسمى بالتقادم ، مستقلا عن الدين المضمون . ومع ذلك ، إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، فإن دعوى الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم ، إذا لم يرفعها الدائن المرتهن في خلال خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكنه من رفعها وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية " .

المدة المقررة قانونا لاكتساب ملكيته(٨٩) .

ولسنا هنا بصدد التعرض التفصيلي لهذا الاستثناء ، ومايلاقيه من انتقادات الفقه الفرنسي المعاصر ، ومايثيره - على الأخص - من جدل حول طبيعة التقادم الذي ينظمه ، فذلك يخرج بنا في الحقيقة عن الإطار المحدد لهذه الدراسة(٩٠) . إنما نقصد فقط بيان مبررات قصره على الحائز ، وعدم إمكان امتداده إلى الكفيل العيني .

---

(٨٩) والغاء نص المادة / ١٥١٠ من المشروع التمهيدي المصري / هو تأكيد في نظر شبه الاجماع الفقهي عندنا ، على عدم جواز انفصال الرهن في تقادمه عن الدين المضمون . راجع مثلا : د . منصور مصطفى منصور ص / ١٦٧ ، ومابعدها بند / ٨١ ، د . محمود جمال الدين زكي ص / ٣٣٤ بند / ١٩٣ : د . عبدالفتاح عبدالباقي الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤ ص / ١٨٤ بند / ٢١٠ ، د - عبدالمنعم البدراوي ص / ٢٥٠ ومابعدها بند / ١٨٢ د . محمدعلي إمام ص / ٤١٢ ومابعدها بند / ٢٩٠ ، وضمنا د . نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ١٩٨٥ ص / ١٣٢ .
وقارن ، مع ذلك ، د . السنهوري ص / ٦٥٩ بند / ٣٩٨ ، الذي يرى أنه إذا كان حذف هذه المادة يضعف الرأي الذي يقول بأن الرهن الرسمي في يد الحائز يزول بالتقادم " إلا أن الباب لازال مفتوحا للمراجعة "

(٩٠) راجع في هذا الشأن .
JOSSERAND(L): Cours de droit civil positif français. T.2 2 éd.1933 No 1957 et.s P.1052 et s ,
كولان ، وكابيتان ودى لامور اندييير ، المرجع السابق ص/ ١١٢١ ومابعدها بند / ١٤٠٦ ومابعده كابيو بند / ٩٦ ص / ١٢٤ - ١٣٠ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ، البنود/١٣٢٦ - ١٣٤٠ الصفحات ٧٢١ - ٧٣٧ ، أوبري و رو المرجع السابق ج/ ٣ ؋ ٢٩٣ الصفحات ٦٦٣- ٦٦٩ ، مازو(هـ . ل . ج) و شاباس ص / ٥٣٦ ومابعدها بند / ٥٧١ ومابعده خاصة ص/٥٣٩ بند / ٥٥٧ وراجع ، في عرض له ، في كتب الفقه المصري : د . السنهوري الصفحات من ٦٥٥ - ٦٥٩ ، البنود ٣٩٤ - ٣٩٨ ، د . محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٣٢ ومابعدها بند / ١٩٣ ، د . حسام الاهواني البنود ٥٨٦ - ٥٩٠ الصفحات ٧١٠ - ٧١٨ .

وبعض الضوء على جذور هذا النص التاريخية، يمكن ان يكشف عن جانب من هذه المبررات :

فلقد نشأ هذا الاستثناء ، في الحقيقة في وقتٍ كان يمكن أن يجد فيه كل مبرره . إذ على العكس مما هو مقرر في الوقت الحاضر ، لم يكن القانون الفرنسي القديم — الذي ورث هذا الاستثناء عن القانون الروماني - يعرف نظام علنية الرهن (٩١) . ومن ثم كان القول بإمكان تقادم هذا الأخير ، استقلالا عن الدين المضمون ، أمرا ضروريا بالنسبه للحائز ، حيث كان هو الوسيلة الوحيدة ، تقريبا ، أمامه ، للتخلص من رهنٍ مستتر لم يكن يعلم به ، ولا كان لديه من سبيل لمعرفته .

٣٤) وواضح أن هذا المبرر لاينسحب على الكفيل العيني ، الذى لايمكن — حتى إذا صرفنا النظر عن أن المبدأ الآن هو علنية الرهن من طريق لزوم شهره ، أن يخفى عليه رهنه ، لسبب بسيط ، أنه هو الذى ينشئه . هذا من جهة

٣٥) ومن جهة أخرى ، فإن الكفيل العيني ، بموجب عقده مع الدائن ، يكون ملتزما في الحقيقه " بالإبقاء على التأمين ، طيلة مابقي الدين ، حتى يزود الدائن بنفس الائتمان الذى كان سيجده لو أن المال المرهون كان هو مال المدين (٩٢) » .

---

٩١) راجع في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموارنديير ، المرجع السابق ص / ٩٦٥ ومابعدها بند /١١٨٥ ، وراجع بوجه عام في تاريخ هذا الاستثناء ، مازو وشاباس ص ، ٥٣٦ بند / ٥٧٢

٩٢) جروا بند / ١٨ وحكم استئناف باريس (غير المنشور) الصادر في ١٩٨٠/٥/٣٠ اشار اليه نفس المؤلف هامش / ١٥ ، وفي نفس المعنى من الفقه المصرى ، د . حسام الاهوانى ص ٧١١ بند / ٥٨٦ .

٣٦) هذا فضلا عن أن تحليل نص المادة / ٢١٨٠ مدنى فرنسى سابق الاشارة فى معنى أنه ، من حيث مايتضمن من شروط - ينظم نوعا من التقادم المكسب (٩٣) ، سوف يوءدى حتما إلى وجوب الاختلاف فى الحكم بين الحائز والكفيل العينى: "فالحائز يتعين ، حتى يصل إلى تحرير عقاره من الرهن ، أن يكون قد حازه مدة معينة على أنه خالٍ من أى تكليف • فبهذا الشرط يمكن أن ينتهى إلى كسب حق عدم التنفيذ على هذا العقد • بيد أن الكفيل العينى فى علاقته بالدائن المرتهن لايحوز العقار بحسبانه خاليا من الرهن ، إنما يحوزه بحسبانه مثقلا بـه ، بما أنه هو نفسه الذى قبل أن يُثقله • وإذن فإن حيازته (فى معنى شروط هذا النص) تكون حيازة مشوبة بعيب • ولن يمكن مطلقا أن تُمكّنه من التمسك بالتقادم ، لأنه لا أحد يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة " (٩٤) •

٣٧) ولعل كل هذه المعانى السابقة كان يُلخّصها واضع المذكرة الايضاحية فى تعليقه على المادة / ١٥١٠ من المشروع التمهيدى فى مصر ، حين ذكر بأنه : إذا كان " يمكن تصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم (٩٥) إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، وكان ذلك لايتصور بالنسبة للكفيل العينى فذلك ببساطة " لأن الحائز لم يكفل الدين (٩٦) •

---

(٩٣) فى هذا المعنى تقريبا : بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص/٧٣٥ بند ١٣٣٩

(٩٤) كابيو ، المرجع السابق ص / ١٢٨ بند / ٩٦ وفى نفس المعنى تقريبا : مازو (هـ•ل•جـ) وشاباس ، المرجع السابق ص/٥٣٦ بند / ٥٧٣ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص / ٧٢٣ بند / ١٣٢٨ -
وفى مصر : د • حسام الاهوانى ص / ٧١٢ ، ٧١٣ بند / ٥٨٧

(٩٥)(٩٦) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ / ٧ ص / ١٤٨ •

خاتمة المطلب

التزاحم بين الكفيل العيني والحائز

وضع المشكلة :

٣٨) تعرض هذه المشكلة ، حين يكون الدين مضمونا بتأمينين : أحدهما رهن على عقار للمدين تصرف فيه إلى حائز ، والآخر كفالة (شخصية أو عينية) قدمها أحد الاغيار . وعند حلول أجل الدين يكون المدين ، بالفرض ، قد أصبح معسرا . إذ في هذه الحالة يكون في مواجهة الدائن (ومن ثم يمكن له أن يرجع عليه) كلٌّ من الكفيل والحائز .

ويبين مما تقدم ، أنه يستوى في وضع هذه المشكلة ، كما قلنا ، أن تكون الكفالة شخصية أو عينية . وفي الحقيقة فإن الأفكار التي تعرض في شأنها تنسحب على كل من نوعي الكفالة هاتين .

تعدد الاتجاهات بشأنها في الفقه الفرنسي .

٣٩) وليس في نصوص المجموعة المدنية الفرنسية مايواجه هذه المشكلة بشكل مباشر ، ويضع حلا حاسما لها . ولذلك فقد كانت – قبل أن يستقر الرأى مؤخرا بشأنها – مثار جدل كبير في الفقه الفرنسي .

وكان وجه الصعوبة فيها ، أن كلا من الكفيل والحائز له – بمقتضى القواعد العامة – إذا أوفى عن المدين ، أن يحل في حق الدائن (٩٧) ، بما لهذا الحق من ضمانات . وهو مايعني أن الموفى ، منهما ، يستطيع أن يرجع على الآخر بدعوى الحلول ، ليكون لهذا الأخير بدوره أن يرجع عليه بمقتضى ماله من

(٩٧) راجع من تطبيقات القضاء المصري لحق الحائز ، الموفى في الحلول محل الدائن نقض ١٩٧١/٣/٢٥ المجموعة السنة / ٢٢ ص / ٣٨٤ رقم /٦١

نفس الحق (أى الحلول) وهكذا إلى مالا نهاية ٠

لذلك كان لابد من البحث عن أسس ، يمكن بالاستناد إليها ، تجنب الوقوع في هذه الحلقة المفرغة ، بجعل أحدهما هو المسئول نهائيا عن الدين ، أو بعبارة أخرى، أسس تسند تفضيل أحدهما على الآخر ٠

٤٠) وبدهى أن أبسط الحلول في هذا الشأن ، أن يقال بأن من يفى منهما ويحل محل الدائن ، يرجع على الآخر بشكل نهائى ٠ وهو حل ظاهر الفساد ، ينكشف عيبه من مجرد طرحه ٠ فهو يفتقر إلى العدل والمنطق ، مادام أن من شأنه أن يتحمل الدين ، في النهاية ، وبطريقة تحكمية تماما ، من لم يختره الدائن أولا لمطالبته بالدين (٩٨) ٠

الاتجاه الأول : تفضيل الحائز ٠

٤١) استند أنصار هذا الاتجاه إلى كل من المادتين ٢١٧٠، ٢٠٢٣ مدنى ٠ فالأولى تخول الحائز حق مطالبة الدائن بأن يجرد ، أولا ، وقبل أن يرجع عليه هو ، الكفيل الذى يحوز عقارا مرهونا في نفس الدين ٠ والثانية ، تعطى للكفيل حق الدفع بالتجريد ، هذا صحيح ، لكنها تخرج من نطاق أموال المدين ، التى يتعين أن يرشد الدائن عنها ، الأموال التى كانت مرهونة فى الدين ولم تعد في حيازة المدين ، أى الأموال التى انتقلت ملكيتها الى حائز (٩٩) ٠

وقد أخذ على هذا الاتجاه :

١- أنه ينطلق من تفسير خاطئ للمادة / ٢١٧٠ ، تلك التى تقصر حق الحائز ، فى الدفع بالتجريد ، على الأموال المرهونة فى نفس الدين التى

---

(٩٨) أشار لهذا الحل ، دون أن يبين ما إذا كان يمثل اتجاها فى الفقه الفرنسى ، وانتقده : كابو ص / ٩٧ بند / ٨٠ ٠

(٩٩) رأى منسوب لـ تربولونج ، أشار اليه كابو ص / ٩٩ بند / ٨١

تكون " فى حيازة المدين الأصلى أو المدينين الأصليين " وليس الكفيل أحد هوءلاء[(١٠٠)] .

٢ - أن المشرع ، فى المادة / ٢٠٢٣ ، لم يكن يواجه ، فى الحقيقة ، وضع كل من الكفلاء والحائزين على استقلال ، أو يقصد مفاضلة بينهم . وانما كان كل حرص واضعى هذا النص - كما تعبر عن ذلك الأعمال التحضيرية له - هو إحاطه الدفع بالتجريد بما يمكن من القيود التى تضمن حماية الدائن ، وتقلل من مضايقة هذا الإجراء بالنسبة له[(١٠١)] . وهو أمر مبرر ، لأن التجريد - كأى دفع - يجب أن يكون محصورا فى حدود معقولة . والقانون الذى يُنشئه ، يمكن أن يضع عليه من القيود ماهو مناسب[(١٠٢)] .

٣ - أن فى الحكم المقرر بالمادة / ٢٠٣٧ لمصلحة الكفيل وحده (دون الحائز)[(١٠٣)] مايدحض هذا التفضيل .

فهذه المادة تقضى ، وبلا تفرقة ، ببراءة ذمة الكفيل ، بقدرمايضيعه الدائن ، بخطئه ، من التأمينات التى كانت تضمن حقه . بيد أن من شأن القول بعدم جواز حلول الكفيل محل الدائن ضد الحائز ، التفرقة فى حكم هذه المادة ، بين الرهون المثقلة لعقارات لاتزال تحت يد المدين ، وتلك التى كانت تثقل عقارات انتقلت ملكيتها إلى آخرين . ليكون بوسع الدائن ، عند ئذ ، ودون ما جزاء ، أن يعرّض للخطر

---

(١٠٠) فى هذا المعنى : كايو ص/١٠٠ ، ١٠١ بند / ٨١ ، مارتى وربنو المرجع السابق ص / ١٩٧ هامش / ١ والاحكام المشار إليها فيه .
وقارن ، بون وماركاديه (أشار اليهما كايو بند ٨١) حيث يريان أن الكفيل يكون مدينا تابعا ، فى علاقته بالمدين المباشر ، لكنه يكون مدينا أصليا فى علاقته بالحائز .
(١٠١) راجع كايو ص / ١٠١ بند / ٨١
(١٠٢) فى هذا المعنى : فينيه ، أشار اليه كايو ص / ١٠٢ بند /٨١
(١٠٣) راجع فى هذا المعنى :
MOULY (chr) : Les causes d'extinction du cautionnement. Paris 1979 No 390 ets ,
كايو ص /١١٧ بند ٨٨ ، مارتى وربنو المرجع السابق ص /٢٠٦ هامش / ٣

الطائفة الثانية من الرهون • فيما يترتب على إضاعته للطائفة الأولى منها ، إعفاء الكفيل • وهى تفرقة لاتجد لها من أساس فى هذا النص (١٠٤)

الاتجاه الثانى : التسوية بين الحائز والكفيل :

٤٢) أنصار هذا الاتجاه حاولوا أن يأخذوا ، فى المشكلة محل البحث ، حلا وسطا . فرأوا - مستندين إليها لكلٍ من الحائز والكفيل من حق متساو فى الحلول - أن يقسم الدين بينهما • فيما يعنى أن من يفى منهما لايكون له أن يرجع على الآخر بدعوى الحلول رجوعا كاملا ، وإنما فقط بنسبة نصيبه فى الدين (١٠٥) . وفى خصوص الكفالة العينية يكون هذا التقسيم بنسبة قيمة عقار كل منهما إلى عقار الآخر (١٠٦)(١٠٧)

الاتجاه الثالث : تفضيل الكفيل :

٤٣) غير أن هذه التسوية التى قال بها أنصار الاتجاه السابق ، قد تعرضت للنقد الشديد من جانب الغالبية العظمى من الشراح ، الذين رأوا - على العكس وجوب تفضيل الكفيل على الحائز (١٠٨) • مستندين فى ذلك إلى عدة أسس :

---

(١٠٤) فى هذا المعنى : كابير بند / ٨٣ ص / ١٠٤ ، ١٠٥

(١٠٥)(١٠٦) أشار لهذا الاتجاه كابيوص / ١٠٣ بند / ٨٢، وينسبه د • سليمان مرقس (ص / ٢٣٨ هامش / ٤) الى دى هلتس •

(١٠٧) مادامت قيمة هذا وذاك ، لاتتجاوز الدين ، والا اعتبرت ، فى التقسيم، مساوية له •

(١٠٨) أنظر مثلا : كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، المرجع السابق ص/ ٨٢٤ بند / ٩٨٣، جوسران ، المرجع السابق ص/ ١٠٤٨ ومابعدها بند / ١٩٤٩ ، مارتى ورينو المرجع السابق ص/ ٢٠٥ ومابعدها بند / ٣٣٤ ، مازو وشاباس المرجع السابق ص/ ٤٨ ومابعدها بند / ٣٩ ، ص/ ٢٧١ بند / ٢٦٢ ، أوبرى و رو المرجع السابق جـ / ٤ ف ٣٢١ ص/ ٢٨٩، ٢٩٠ والهوامش ٨٤ ، ٨٥، بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص / ٥٢٨ ومابعدها بند / ١١٨٣ •
DEMOLOMBE(C): Traité des contrats To. 4 éd. 1872 P. 581 et s. No : 649 ets ; VOIRIN(P) note sous Req 16/3/1938 D 1939-1-41

١ ـ عدم دقة التسوية بين مركز الحائز ومركز الكفيل العينى ، فالأول خلف خاص للمدين (١٠٩) ، بينما لايعدو الثانى أن يكون سوى مجرد مسئـــول تبعي . لايصح أن يتحمل عبء الدين الا اذا كانت الأموال التى رهنت فيه ، من جانب المدين ، غير كافية (١١٠) . ومن ثم يكون " الأولى بتحمـــل تبعة إعسار المدين هو الحائز ، خلفه ، وليس الكفيل " (١١١) .

٢ ـ تفضيل الكفيل على الحائز ، هو الحل الذى يطابق نية المتعاقديـــن (الدائن والكفيل) الحقيقة : فالكفيل عندما قدم كفالته ، لم يعتمد فقط على الرهون التى كانت موجودة (١١٢) ، على أموال للدين ، كضمان للدين ، قبل الكفالة ، وإنما هو يعتمد أيضا على كل مايحتمـــل أن ينشأ منها فى المستقبل (١١٣) . لقد كان قصده ، وبوضوح ، أن يتحمل أقل مايمكن من الأخطار ، وبالتالى أن يفيد من كل المزايا التى يمكـــن

---

(١٠٩) فى هذا المعنى MESIRE (j): La pluralité d'obligés accessoires. Rev. Trim. 1981 P.19 No 35
كابيو ص /١٠٣، ١٠٤ بند / ٨٣ ، ص /١١٧ بند /٨٨

(١١٠) فى هذا المعنى : كابيو ص / ١٠٤ بند / ٨٣ ، أو هو ـ على حد وصف البعض مدين تابع ، مخصص فقط لستر عجز المدين الأصلى . بيد أن هذا الأخيـــر بالفرض ، يكون فى النهاية غير عاجز ، بناء على أثر الرهن والحق فى التتبع الذى يضمنه راجع ميستر ، المقال سابق الاشارة ص / ١٩ بند / ٣٥

(١١١) كابيو ص / ١٠٤ بند / ٨٣ ، وأنظر ايضا نفس المؤلف ص / ١١٧ بند /٨٨

(١١٢) وهو اعتماد مشروع ، لايجب أن يكون من شأن التصرف فى العقار أن يحبطه . راجع ميستر ص / ٢٠ بند / ٣٥

(١١٣) فى هذا المعنى ، كابيو ص / ١٠٥ بند / ٨٣

أن تترتب للدائن في المستقبل (١١٤)

٣ - أن التسوية في الحكم ، في هذا الشأن ، بين الرهون السابقة على الكفالة والرهون اللاحقة عليها ، تؤيده فكرة الحلول ذاتها ، وفن الرهن نفسه :

فالكفيل الموفى ، بحلوله محل الدائن ، يكون له - قانونا - حق هذا الأخير بحالته لحظة الحلول (١١٥) . ومن جهة أخرى ، فإن الحقوق الرهنية تكون ، منذ نشأتها ، بناءاً على الخاصية العينية للرهن ، ثابتة أو راسخة على الشيء المرهون . ومن ثم محمية ضد أي تغيير يمكن أن يحدث في ملكيته . وهذا الرسوخ هو الذي يكفل للدائن المرتهن ، إذا ماتصرف المدين في هذا الشيء ، أن يتتبعه بحقه تحت أي يدٍ يكون . بيد أن الكفيل ، له ، هو نفسه ، على العقار الذي رُهن بعد كفالته ، حق ، قد يكون افتراضيا أو كامنا لغاية اللحظة التي يحل فيها محل الدائن ، هذا صحيح ، لكنه يوجد بحالته هذه من لحظة نشوء هذا الرهن . وهذا الحق يجب أن يكون له - بدوره - نفس الرسوخ أو الثبات ، بحسبان الكفيل " دائنا مرتهنا معلقا (en puissence). ولايكفل هذا الرسوخ أو الثبات إلا القول بعدم الاحتجاج عليه بتصرف المدين في هذا العقار إلى الحائز (١١٦) .

٤ - أن تفضيل الكفيل على الحائز ، هو - من بعد كل هذه الاعتبارات القانونية والفنية - الحل الذي تُمليه العدالة . فأحد أمرين في الحقيقة

---

(١١٤)(١١٥) في هذا المعنى كابيو ص / ١٠٥ هامش / ١

(١١٦) ڤواران ، التعليق سابق الإشارة

إما أن الحائز قد اكتسب ملكية العقار معاوضة ، أو اكتسبها تبرعا .

في الحالة الأولى يكون بإمكانه أن يطمئن إلى حقوقه ، دون حاجة إلى الرجوع على الكفيل ، بأن يستعمل مايخوله له القانون من حق تطهير العقار من الرهن . فإذا هو لم يفعل ، ومن ثم أوفى الدين ، يكون قد قصّر ، فلا يصح أن يلومنّ إلا نفسه . ولايسوغ أن يتحمل الكفيل (الذى لايملك بالفرض هذه الرخصة) تبعة هذا التقصير .[117] أما في الحالة الثانية ، فإنه يكون من شأن تفضيل الحائز على الكفيل ، تمكين الأول من الإثراء إضرارا بالثاني[118] .

الوضع فى مصر

٤٤) هذا الاتجاه الأخير هو مايسلم به الفقه في مصر[119] ، وعلى نفس الأسس تقريبا .

وفي الحقيقة فإنه يمكن أن يجد له ، عندنا ، سندا قويا ، فيما تقضي به الفقرة / ٢ من المادة / ١٠٨٠ التي تنص على أنه : " ويحل (أى الحائز) محل الدائنين الذين وفّاهم حقوقهم . وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدّمها المدين ، دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين "

---

(١١٧) في هذا المعنى : ميستر ، المقال سابق الاشارة ص / ٢٠ بند / ٣٥ ، مازو (هـ.ل.ج) وشاباس ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ ، وكذلك الفقه المشار اليه في الهامش التالي (١١٨) .

(١١٨) في هذا المعنى : كابيو ص / ١٠٦ بند / ٨٣ ، ص / ١١٧ بند / ٨٨

(١١٩) أنظر مثلا : د . السنهوري ص / ٢١١ ، ٢١٢ بند / ٨٢ ، د . محمد على إمام ص / ١٦٨ بند / ٩٨ ، د . حسام الأهواني ص / ٧٠٧ بند / ٥٨٤ ، وقارن ، مع ذلك ، د . سليمان مرقس ص / ١٣٣ بند / ١٦٣ الذي يبدو رأيه غامضا ، حيث يشير إلى هذا الاتجاه على أنه الرأى الذي يأخذ به معظم الشراح في مصر .

المبحث الثانى

مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة بالكفالة

مطلب تمهيدى

هل يصدق على الكفالة العينية مفهوم الكفالة بالمعنى الصحيح؟

اختلاف الاتجاهات ، تقسيم .

٤٥) إن تساؤلا مثل هذا كان ولابد أن يثور فى الذهن مع هذا النوع من التأمينات موضوع الدراسة . والإجابة عليه هى ولاشك مدخل ضرورى قبل الخوض فى تفاصيل هذا المبحث . وفى شأنه ، يؤكد بعض الشراح الفرنسيين (١) ومعهم بعض الشراح المصريين (٢) ، أن مايسمى بالكفالة العينية ليس كفالة بالمعنى الصحيح . لأن جوهر الكفالة تعهد شخصى ، بينما الذى يحدث فى هذا النظام أن شيئا من الأشياء هو الذى يكون مثقلا بالضمان ، أو بعبارة أخرى " هو الذى يلتزم " (٣) ، ولذلك فإنهم يعتبرون تشويها للفظة الكفالة إطلاقها على تأمين عينى (٤) . ويرون مع بعض الفقه البلجيكى فى التعبير " كفالة عينية " تعبيرا يجمع فى ذاته تناقضا بين الوصف والموصوف (٥) . ويخلصون من ذلك ، مع بعض الأحكام القضائية القديمة - إلى أن أيا من

---

(١) أنظر الفقه المشار إليه لاحقا هامش / ٣ الى ٧

(٢) د . السنهورى ص/ ٢٠ بند/ ١١ ، د . محمود جمال الدين ذكى ص/ ٣٣ بند/ ١٣ .

(٣) جيوار ، بودرى لاكانتينرى ودى لوينز ، إشار إليهم جُرُوا هامش / ٢١

(٤) SIMLER(Philippe): j.cl. civ. sous cautionnement Fasc.A No 8 et s. art: 2011-2020

(٥) دى باج وديكرز ، أشار إليهما جُرُوا هـ / ١٩

قواعد الكفالة لايمكن أن يكون قابلا للتطبيق على مايسمى بالكفالة العينية (٦)،(٧) ٠

٤٦) غير أن هذا النفى القاطع ، لم يرُق لجانب آخر من الفقه ، رآه يُسرف في المبالغة ، حيث يتجاهل أوجه تقارب بين الكفالتين لايمكن إغفالها (٨) ٠

ويخلصون إلى أنه ليس ثمة مايمنع من اعتبار الكفالة العينية كفالة ، بالمعنى الواسع لهذا اللفظ ٠ مادام فيها ، هى الأخرى ، شخص يضمن دين غيره (٩) ، وعلى أساس من هذا الضمان يقبل الدائن أن يتعامل مع المدين (١٠) ،

صحيح أنها ليست هى الكفالة الحقيقية بالمعنى الذى قصده المشرع فى الباب الخاص بالكفالة كتأمين شخصي ، " لكنها يمكن - على الأقل - أن تعتبر نوع خاص منها " (١١) وليس معنى أن المجموعة المدنية لم تتبصر ، ومن ثم تنظم إلا الكفالة الشخصية ، أن تكون هذه الطريقة لضمان دين الغير هى وحدها

---

(٦)،(٧) أنظر فى هذا الاستخلاص ، وفى أمثلة عليه ، لوران ، المرجع السابق ص/ ١٦٠ ومابعدها بند/ ١٥١ ، وانظر ايضا احكام النقض القديمة المشار اليها فى كابيو ص/ ١١ بند/ ٨ وهامش / ١ ٠

(٧) ويؤكد نفس هذه النتيجة ، بعض الشراح المصريين ، انظر د٠ محمود جمال الدين ذكى ص/ ٣٣ بند/ ١٣، أما د٠ السنهورى فبينما يؤكد (ص/ ٢٠ بند/ ١١) أنه يستبعد من نطاق الكفالة ، وهي تأمين شخصى ، الكفالة العينية، وأن التأمين ، فى الكفالة العينية هو تأمين عينى / يعود - عندما يحدد الدفوع التى يمكن للكفيل العينى أن يتمسك بها فيؤكد أن له أن يتمسك بمايتمسك به الكفيل الشخصى ، قائلا (ص/ ٣٨١ بند/ ١٦٥) مانصه: " فهو لم يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير "

(٨) ففى كلٍ منهما ، مثلا ، يضع أحد الاشخاص ائتمانه فى خدمة الغير ٠ وتعهد الكفيل فيهما هو تعهد تابع لالتزام أصلى ، والعقد الذى يبرمه مع الدائن ، هو عقد مُلزم لجانب واحد ، جانبه هو ككفيل ٠

(٩) راجع ، قول بعض الشراح المصريين ، فى هذا المعنى ، أن الشخص الذى يعقد الرهن دون أن يكون مدينا ، يعتبر في علاقته بالدائن ، كفيلا لا [illegible] " د٠ [illegible] في [illegible] النظرية العامة [illegible] ١٩٥٣ [illegible] ٠

(١٠) [illegible]

(١١) [illegible]

الطريقة الجائزة بالوسائل (١٢) .

ونحن نبسط لاقتراب هذا النوع الخاص من الكفالة ، في جوهره ، من الكفالة الشخصية ، يضرب بعض أنصار هذا الاتجاه (ممن يرون في فكرة الالتزام العيني أساس مسئولية الكفيل العيني المحدودة) ، المثال التالي :

عندما يرهن شخص عقارا قيمته ١٠٠ ألف فرنك ، ضمانا لدين على غيره مقداره ٢٠ ألف ، ويكفل آخر ـ بذمة مالية تتضمن ١٠٠ ألف فرنك ـ دينا على غيره مقداره ٢٠ ألف . عندئذ : يجد الدائن ، في الحالتين ، كضمان لدينه ، مبلغ ١٠٠ الف فرنك ، ويكون العقار المرهون ، في الفرض الأول ، ضامنا للدين بكل قيمته، كل مافي الأمر ، أنه بالنظر إلى أن العقار لايتمتع بالشخصية ، فإنه يتعين أن يكون هناك ممثل عنه ، يفيد من قواعد الكفالة أو يتحمل نتائجها ، هذا الممثل هو مايسمى بالكفيل العيني (١٣) .

٤٧) لكن بعض أنصار هذا الاتجاه الأخير ، يرون من غير الصحيح ، في المقابلة بين الكفالتين ، القول بأن الكفيل الشخصي يكون مسئولا بالدين ، فيما يكون الشيء في الكفالة العينية هو الذي يلتزم . إذ الحقيقه أن الكفيل الشخصي لايكون مسئولا عن الدين بأكثر مما يقال بأن الشيء يكون مسئولا به في الكفالة العينية . فكل من الكفيلين يكون عرضة لمسئولية أو خاضعا للقهر ، دون أن يكون مدينا حقيقة . والقهر في الكفالتين يكون

---

(١٢) " فالكفالة لاتزال ، حتى مع هذا التنظيم ، عقدا رضائيا ، تُنشئه الإرادة المشتركة للمتعاقدين . هذه الارادة التي تستطيع ـ في ظل مبدأ حرية الاتفاقات ـ أن ترتضي هذا النوع من الكفالة المسمى بالكفالة العينية" كابو بند / ٨ ص / ١٤

(١٣) انظر كابو ص / ١٣ بند / ٨

على نفس الأمر ، وهو وفاء الدين ، الذي يختلف فقط في وسيلة هذا القهر . ففي إحدى الكفالتين يكون بوسع الدائن أن يمارس سلطة القهر على أي مال للكفيل ، فيما لا يتعلق التهديد ، في الأخرى ، إلا بمال محدد (١٤) .

٤٨) وفي القضاء ، فبالرغم من المحاكم ذكرت الكفالة العينية (١٥) . كما طبقت محكمة النقض الفرنسية ، في حكم حديث لها ، للكفيل العيني ببعض المزايا المقررة في القانون للكفيل الشخصي (١٦) .

٤٩) وفي مصر ، يرى بعض الشراح ، أن الكفالة العينية تنطبق عليها في الأصل قواعد الكفالة (١٧) . فيما يفضل البعض الآخر القول ، بأنه يسري عليها أحكام الكفالة والرهن في نفس الوقت (١٨) .

ونعتقد ، من جانبنا ، أن الأدق ، هو القول ، بأن الكفالة العينية ، يسري عليها من أحكام الكفالة ومن أحكام الرهن ما يتناسب وطبيعتها الخاصة .

وقد بينا ، في المبحث الأول ، مدى ما تخضع له الكفالة العينية من الأحكام المتعلقة بالرهن ، فيبقى علينا الآن أن نعرض لمدى خضوعها للأحكام المتعلقة بالكفالة العادية . موزعين الدراسة في هذا الشأن ، على ثلاثة مطالب ، على النحو التالي :-

---

(١٤) جروا بند / ٣١

(١٥) أنظر الأحكام المشار إليها في كابيو ص / ١٣ بند / ٨

(١٦) كالحق في التمسك ببراءة ذمته من طريق الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات طبقًا للمادة ٢٠٣٧ ، انظر نقض ١٩٧٩/٣/٦ ، أشار إليه جروا هامش / ٢٣ .

(١٧) د . شفيق شحاته / المرجع السابق ص /٦٧ بند / ٧٢

(١٨) د . سمير تناغو بند/٥ ص / ١٨ ، بند/٦ ص / ٢٠ (وإن تحفظ في الموضع الأخير ، قائلا ، أنه لا تسري على الكفيل العيني ، أحيانا ، بعض أحكام الكفالة التي لا تتفق مع طبيعة مركزه) .

المطلب الأول

فى علاقة الكفيل العينى بالمدين

تمهيد :

٥٠) أوضحنا فيما تقدم ، أن الرأى الراجح فى الفقه ... ، على ما يبدو ، ذلك الذى يقرب بين كل من الكفالتين ، الشخصية والعينية. ولعل محتوى هذا المطلب يؤكد صحة هذا التقريب •

ذلك أنه ، فى خصوص العلاقة بالمدين الأصلى ، لايختلف كثيرا ، فى الواقع كفيل عينى عن كفيل شخصى ، وذلك أمر مفهوم • فحكم هذه العلاقة لايتوقف فى الحقيقة على نوع الضمان المقدم من قبل الكفيل • فما يهم المدين ـ على حد تأكيد بعض مؤيدى هذا التقريب ـ هو أن الكفيل قد يفى[١٩] • أما كيف ، وهل " نقدا ، أو يتحمّل إجراءات التنفيذ على أحد أمواله "[٢٠] فذلك أمر لاأهمية له بالنسبة له[٢١] •

ونقدم فيما يلى ، بعض الأدلة المؤيدة لما قدمناه :

(ا) الكفيل العينى ، والرجوع على المدين بالدعوى الشخصية

٥١) تجعل المادة / ٨٠٠ ـ ١ مدنى مصرى ، والمادة/٢٠٢٨ ـ ١ مدنى فرنسى للكفيل الذى وفّى الدين ، أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عُقدت بعلمه أو بغير علمه " •

والمشرع فى النصين كان يواجه الكفالة الشخصية، هذا حقيقى • لكن

---

(١٩) ـ (٤١)
" Ce qui importe pour lui est que la caution paye, mais peu lui importe la manière, que ce soit en espèces, ou par l'abandon d'un de ses biens." GRUA No 34

المؤكد أن للكفيل العيني، بدوره، نفس الحق [٢٢] • فمبرر هذا الرجوع وهو الوفاء بدين الغير، متوافر في شأنه • وما يقال في أساس الدعوى الشخصية هذه، التي يرجع بها الكفيل، وفي حدود هذا الرجوع [٢٣] يصدق على كل من نوعي الكفالة •

٥٢) على أنه، فيما يتعلق بالمسألة الأخيرة، يرى بعض الشراح الفرنسيين، وجوب التفرقة ــ في حالة ما إذا كان الكفيل قد فضّل أن يحتفظ بعقاره المرهون فاختار أن يفي الدين نقدا ــ بين ما إذا كانت قيمة هذا العقار أكبر ــ أو على الأقل مساوية ــ للدين أو كانت أقل منه • ويؤكد أنه، في الفرض الثاني، يكون الكفيل قد تصرف كـ " فضولي" [٢٤] وأن الدعوى التي سيرجع بها " ستكون دعوى الفضالة " [٢٥]، حكمه حكم الكفيل الذي تدخل، بكفالته، دون علم المدين لينتهي - تفريعا على ذلك، إلى القول بوجوب خضوع الكفيل - عندئذ - لحكم المادة ١٣٧٥/ (الواردة في باب الفضالة)، بمعنى ضرورة أن يثبت أن المبالغ التي دفعها للدائن، كانت " مفيدة أو ضرورية " حتى يمكنه أن يرجع بها على المدين " [٢٦] •

---

(٢٢) راجع في هذا المعنى : جروا بند/٣٤ هامش /٤٤ : كابيو ص /٨٦ بند / ٦٧

(٢٣) راجع في هذه الأمور، كابيو ص /٨٢ وما بعدها بند /٦٦، وفي الفقه العربي محمود جمال الدين زكي ص / ١٢٨ وما بعدها بند / ٦٧ •

(٢٤)،(٢٥) كابيو ص / ٨٦ بند /٦٧ •

(٢٦) كابيو ص / ٨٦ بند / ٦٨ •

وهذا الرأي هو ، في اعتقادنا ، محل نظر • وقد انزلق إليه صاحب ــــه على ما يبدو ، كنتيجة للإستطراد الذي بدأه من تصور يؤيده ، مفاده ، أنه في الكفالة العينية ، يكون العقار هو الملتزم بالدين ، وما الكفيل الا مجرد ممثل له • إذ يؤكد أنه " لايبعد بالإمكان هنا ، القول بأن الكفيل قـــد أوفى التزام العقار الذي يمثله ، مادام أنه قد أوفى بأكثر مما كان هـــذا العقار ملتزما به •• "(٣٧)

٥٣) ويبقى ، في هذا الموضع ، أن الكفيل العيني ، يخضع ، بدوره ، ولنفـــس المبررات ـــ إذا ما أراد الرجوع بالدعوى الشخصية ـ لما تقضي به المادة / ٧٩٨ مدني مصري والمادة / ٢٠٣١ مدني فرنسي ، في خصوص الكفالة الشخصية من ضرورة إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا كان عرضة ، هـــو الآخر ، لنفس مايمكن أن يتعرض له الكفيل الشخصي في حالة عدم القيـــام بهذا الإجراء (٢٨) •

ب- الكفيل العيني والرجوع على المدين بدعوى الحلول (٢٩) .

٥٤) وللكفيل العيني ، كالكفيـــل الشخصي ، كذلك ، الحق في الرجوع على المدين

---

(٢٧) كابيو ص ، ٨٥ ، ٨٦ بند / ٦٧

(٢٨) هذا ، وعلى عكس ما يبدو أنه الرأي الراجح في مصر ، يرى بعض الشـــراح الفرنسيين ، أن هذا الإخطار واجب على الكفيل العيني ، وجوبه على الكفيل الشخصي ، حتى ولو كان يريد الرجوع على المدين بدعوى الحلول • راجـــع في هذا المعنى : كابيو ص / ٩٠ بند / ٧٣ ، وقارن د • محمود جمال الدين زكي ص / ١٣٧ بند / ٦٨ (الذي يرى أن هذا الاجراء يكون غير واجب في هـــذه الحالة) •

(٢٩) راجع في تفاصيل هذه الدعوى، كابيو ص / ٨٨ ومابعدها بند / ٧١

بدعوى الحلول [٣٠] • وهو أمر مسلم به فى الفقه والقضاء • [٣١] ويُقال ، فى تبريره ، أحيانا ، أنه من غير العادل حرمان الكفيل العينى من هذا الحق [٣٢] حين أنه ، كالكفيل الشخصى ، يكون " مسئولا بالدين " [٣٣] •

ورغم تأييد جُرْوا لهذه النتيجة ، إلا أنه ينتقد هذا التبرير • فعنده ، أن الكفيل العينى ليس بحاجة إلى " شفقة " [٣٤] ، حتى يُقال بأن له مثل هذا الحق لأن مثله ، مثل الكفيل الشخصى تماما ، يستمد حقه فى الحلول القانونى من المادة /١٢٥١ ـ ٣ مدنى • صحيح ـ هو يستدرك ـ أنه قد لايكون دقيقا ، القول ، بأن الكفيل العينى يكون " مسئولا " حالة عدم وجود التزام فى الحقيقة يتحمل به • لكن الوضع نفسه هو أيضا وضع الكفيل الشخصى [٣٥]• فكل منهما يعانى قهرا دون دين • إنهما مجبران من أجل دين على الغير ، لامُلزمان بدين الغير • وإذا كان أحدهما (وهو الكفيل العينى) قد لايتحمل كلية الدين فإن هناك كفلاء شخصيين أيضا ، يُمكن أن تكون كفالتهم ، هم الآخرين ، " جزئية " لامطلقة [٣٧] •

---

(٣٠) م/٧٩٩ ، م/٣٢٦ مدنى مصرى ، وراجع ، من تطبيقات القضاء المصرى (وإن كان فى صدد كفالة شخصية) : نقض ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة/١٩ ص /١١٦ رقم/١٩ نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ نفس المجموعة السنة/ ١٩ ص / ٣٢٧ رقم / ٥١

(٣١) أنظر مثلا : جُروا بند / ٣٤ : كابيو ص / ٨٧ بند / ٦٩ ، مولى (كريستيان) المرجع السابق ص / ٤٩٧ بند / ٣٩٢ ، ميستر (جاك) ، المقال سابق الإشارة بند / ١٦٠ ، ومن أحكام القضاء الفرنسى •
civ. 23/11/1954 BUI. civ. T.1 P. 339 No 331

(٣٢) أنظر كابيو ص / ٨٧ بند / ٦٩ ، ميستر (جـ) بند / ١٦٠ ، مولى ص /٤٩٧ بند / ٣٩٢ •

(٣٣) ميستر ، مولى سابقى الإشارة

(٣٤) إلى(٣٧) جروا بند / ٣٤

(ح) الكفيل العيني والرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لتخليصه من الكفالة ، أو لضمانه (في القانون الفرنسي)[٣٨].

٥٥) وفضلا عن الدعوى الشخصية ، ودعوى الحلول التي تفترض ، كل منهما ، أن يكون الكفيل قد أوفى الدين ، تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية حكما لا مقابل له في القانون المصري ، ورد النص عليه في المادة/٢٠٣٢ ومقتضاه أن للكفيل أيضا - في حالات استثنائية محددة - أن يبادر بالرجوع على المدين (بدعوى شخصية) حتى قبل أن يكون قد سدد الدين[٣٩] ، وذلك لإلزامه "بتخليصه"[٤٠] من الكفالة أو "بضمانه ضد الحكم الذي يوشك أن يتحمله أي الذي سيستصدره الدائن ضده[٤١]"[٤٢] .

---

(٣٨) راجع في هذا الشأن : جوسران ، المرجع السابق ص/٨١٢ بند/١٤٩٥، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ص / ٨٢٥ ومابعدها بند / ٩٨٦ ، كايو ص/ ٩٠ ومابعدها بند /٧٤ .

(٣٩) ويرى الفقه الفرنسي أنها تتأسس أيضا على فكرة الوكالة أو الفضالة، على حسب الأحوال ، راجع مثلا : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ، المرجع السابق ص / ٨٢٥ بند/١٩٨٦ ، وراجع في تطبيق قضائي لهذا النص ، : (Cass. 24/3/1980 D1980-1.R-P. 325)

(٤٠)، (٤١) كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ، الاشارة السابقة .

(٤٢) فهذا النص يجري على النحو التالي :-

" للكفيل - حتى قبل أن يكون قد أوفى - أن يرجع على المدين ، قصد أن يكون معوضا منه (pour être par lui indemnisé) :

١) حينما تكون دعوى الوفاء قد رفعت عليه .

٢) حينما يكون المدين قد أفلس أو أعسر .

٣) حينما يكون المدين قد التزم بأن يحله من تعهده ، في وقت معين .

٤) حينما يكون الدين قد أصبح مستحقا بحلول أجله

٥) في نهاية عشر سنوات ، إذا لم يكن للإلتزام أجل محدد لاستحقاقه ..... "

٥٦) وحول ما إذا كان الكفيل العيني يمكنه أن يستفيد ، بدوره ، من هذه الميزة ، أم لا ، اختلفت وجهة نظر الشراح الفرنسيين :

فقد رفض البعض تطبيق هذا النص على الكفالة العينية ، تأسيسا على ما للضمان المقدم من جانب الكفيل من صفة تبعية تستوجب القول ببقائه مابقي الالتزام الأصلي ، مالم يكن هناك اشتراط مخالف ، وأنه إذا كان المشرع قد خرج على هذا الأصل ، في النص السابق ، بشأن حالات استثنائية محددة ، فإن النصوص الاستثنائية ، لايصح التوسع في تفسيرها [٤٢] .

أما البعض الآخر ، فقد رأى أن الكفيل العيني يستحق - بدوره - هذه الحماية [٤٣] التي يقررها المشرع ، بالفرض ، لمن يتعهد من أجل دين على غيره . وأنه من الظلم حرمانه من هذه الميزة ، ومبررها متوافر في جانبه هو الآخر [٤٤] . هذا إلى أن وجهة النظر العكسية كانت لتفهم لو أنه كان يترتب على تطبيق هذا النص على الكفيل العيني ضرر يلحق بالدائن ، حين أن الأمر بعيد عن ذلك تماما . فالهدف الأساسي من مبادرة الكفيل بهذا الرجوع ، هو التوصل إلى تخليصه من عبء كفالته ، بمعنى شطب قيد الرهن الذي ورد على العقار (في الكفالة العينية) . بيد أن الدائن لن يقبل هذا الشطب ، إلا إذا استوفى حقه من المدين ، بما يعني أن النتيجة ستكون - على العكس - هي التعجيل بالوفاء . أو على

---

(٤٢) رأي منسوب لـ بون ، أشار إليه كابيو ص / ٩١ بند / ٧٥

(٤٣) رأي منسوب لـ : تروبولونج ، سونسو ، واللوز ، أشار إليهم كابيو ص / ٩١ بند / ٧٥ (وهو - بدوره - من نفس الاتجاه)

(٤٤) كابيو ص / ٩٢ بند / ٧٥

الأقل ، إلا إذا حصل (أى الدائن) على ضمانات جديدة ، إذا كان المدين غير قادر إذ ذاك على السداد ، وعندئذ فلن يكون هناك من شئ يخسره "[(٤٥)]

ويؤكد غالبية أنصار هذا الاتجاه الأخير ، قابلية النص سابق الاشارة للتطبيق على الكفيل العينى ، حتى ولو كانت كفالته قد تمت دون علم المدين " لأن الشخص الذى يؤدى ، مختارا ، خدمة لغيره ، دون أن يكون مستحثا عليها بستحق نفس الميزة التى يستحقها شخص تعهد بناءً على رجاء المدين "[(٤٦)] .

ولايستثنون من إمكان تطبيقه ، إلا حالة ما إذا كانت الكفالة قد تمت بالرغم من معارضة المدين . لأنه من غير السائغ ، عندهم ، " أن يتحمل هذا الأخير مساوىء تصرف اعترض عليه"[(٤٧)]

---

(٤٥) كابيو ص /٩٢ بند / ٧٥

(٤٦)،(٤٧) كابيو ص / ٩٣ بند / ٧٥

المطلب الثانى

فى علاقة الكفيل العينى بالدائن

٥٧) كذلك ، فإنه من حيث العلاقة بالدائن ، لاتختلف الكفالة العينيه كثيرا عن الكفالةالعادية(الشخصية) ، بل تنطبق عليها ، تقريبا ، نفس قواعد هذه الأخيرة ، سواء تلك التى تتعلق بشروط صحة التزام الكفيل ، أو تلك التى تنظم إعمال هذا الالتزام :

أولا : من حيث القواعد التى تحكم شروط صحة التزام الكفيل :

٥٨) تنطبق هذه القواعد ، فى نفس الحدود تقريبا ، على الكفيل العينى :

- فهذا الأخير يجب أن تتوافر فيه ، بدوره ، أهلية التبرع (٤٨) ، لأنه " عادة ، لاينتفع شخصيا بالرهن الذى يقدمه ضمانا للوفاء بدين" (٤٩) ، المدين ، وإنما " ينفع المدين " (٥٠) بهذا الرهن (٥١) .

- من جهة أخرى ، فإنه بالنظر لثبوت خاصية التبعية للإلتزام المكفول للكفالة العينية ، ثبوتها للكفالة الشخصية (٥٢) ، فإنها لاتكون ، بدورها " صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا (٥٣)،(٥٤) .

---

(٤٨) فى هذا المعنى كايو ص ٣٣، ٣٤ بند /٢٤ ،وضمنا جروا بند /٣٦ ودكتور السنهورى ص /٣٤٥ بند / ١٥٤

(٤٩)-(٥١) د ٠ السنهورى ، الإشارة السابقة ٠

(٥٢) راجع من تطبيقات القضاء المصرى ، فى هذا الشأن : نقض ١٨/٢/٨٠ المجموعة السنة٣١(ع/١) ص/٥٣٤ رقم/١٠٤ ، نقض ١٩٧٦/٣/١٥ المجموعة السنة ٢٧ ص /٦٣٧ رقم/١٢٧ ٠ وقد اكدت محكمة النقض على أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل - تابعا للالتزام الأصلى ، ولايقوم من ثم إلا بقيامه ، رغم أن كفالة المدين تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، أنظر نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ المجموعة السنه٢٣(ع/٣) ص/١٤٨٧ رقم/٢٣٢

(٥٣) م/٧٧٦ مدنى مصرى ، م/٢٠١٢-١ مدنى فرنسى

(٥٤) راجع كايو ص /٣٥ بند/٢٥ ، ص/١٨ بند/١٤ ، وانظر من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ سابق الإشارة ٠

وهى الأخرى ، تتعرض لنفس المصير لو أن هذا الإلتزام كان باطلا ، أو قابلا للإبطال وأبطل [(٥٥)] ٠ كما أنها ، لاتجوز ، بدورها ، " فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولابشروط أشد من شروط الدين المكفول " [(٥٦)]،[(٥٧)]٠

- فقط يتحفظ ، فى هذا الشأن ، بعض الشراح ، حين يتعلق الأمر بكفالة التزام ناقص الاهلية ٠ وأساس تحفظه ، أن صحة كفالة مثل هذا الالتزام كفالة شخصية ، المقررة بالمادة / ١٠١٢-٢ مدنى فرنسى [(٥٨)] ، تقوم على أساس من أن تعهد الكفيل يعتبر نوعا من التعهد عن الغير [(٥٩)] ، حين أن مثل هذا التحليل لايصدق فى حالة الكفالة العينية ، لأنه فى التعهد عن الغير ، يضمن المتعهد ، تعهده ، بذمته المالية كلها ، فيما لايضمن الكفيل العينى تعهده إلا بأحد أمواله [(٦٠)]

---

(٥٥) فى هذا المعنى : كابو ص /١٨ بند / ١٤ ، د ٠ السنهورى ص / ٣٨٠ بند / ١٦٥ ، د ٠ شفيق شحاتة ص / ٦٧ بند / ٧٢ (حيث يؤسسه على أن الرهن الصادر من الكفيل يلحق دين المدين باعتباره وصفا من أوصافه)٠

(٥٦) م/ ٧٨٠-١ مدنى مصرى ، م/٢٠١٣ مدنى فرنسى ، راجع كابو ص/٣٥ بند /٢٥ ص/١٨ بند / ١٤

(٥٧) وكفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية ، غير جائز أيضا ، تماما كما هو الحال فى الكفالة الشخصية ٠ راجع فى هذا المعنى : د ٠ شفيق شحاته ص/٦٧ بند / ٧٢ ٠

(٥٨) ويقابلها فى مصر ، نص المادة /٧٧٧ التى تقضى بأن :" من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهليه ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول "

(٥٩) Promess de porte- Fort ، راجع جروا بند / ٣٦ سيملر ، تحت المواد ٢٠١١ - ٢٠٢٠ (j.cl.civ.Fasc B.1 No 72) د ٠ محمود جمال الدين ذكى ص /٦٣ بند / ٣٥

(٦٠) فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ ، وقارن ، مع ذلك ، بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق بند / ٣٣٦ ، د ٠ شفيق شحاته ص / ٦٨ بند / ٧٢ (الذى يؤكد أن الكفالة العينية الصادرة لضمان دين ناقص الأهلية ، بسبب نقص أهليته ، تعتبر صحيحه ، قياسا على الكفالة الشخصية ٠

ثانيا : من حيث القواعد التي تحكم إعمال الكفالة :

٥٩) ولاتختلف ، تقريبا ، في هذه القواعد بدورها ، الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية ، نظرا لصفة التبعية للالتزام الأصلي ، التي تثبت لها هي الأخرى كما قدمنا ، بما يجعل قيامها وبقاءها ، كقيام وبقاء الكفالة الشخصية رهن قيام الالتزام الأصلي (٦١) وبقائه (٦٢) . ويتفرع على ذلك :-

٦٠) أن يكون للكفيل العيني - بدوره - ماللكفيل الشخصي، من حق في أن يتمسك في مواجهة الدائن ، بجميع الأوجه التي يمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بها، أو بعبارة أخرى ، بجميع الدفوع التي تكون مرتبطة بالدين (٦٣) ، كبطلانه مثلا أو انقضائه ، لأي سبب (٦٤) .

---

(٦١) راجع ، من تطبيقات القضاء المصري (في كفالة شخصية) نقض ٧٢/١٢/٢٨ المجموعة السنة ٢٣ (ع/٣) ص /١٤٨٧ ص /٢٣٢ ، حيث فرعت المحكمة على الصفة التبعية لالتزام الكفيل ، أن هذا الالتزام لايقوم إلا بقيام الالتزام الأصلي .

(٦٢) كذلك يؤكد بعض الشراح ، أن حدود أثر علاقة الكفيل العيني بالمدين، على تعهده في مواجهة الدائن ، هي نفس حدود هذا الأثر ، فيما يتعلق بالكفالة الشخصية . راجع : جروا بند / ٣٦ : وانظر في تطبيق لذلك :
cass. 8/11/1972 D 1973 - 753 et note MALAURIE

، وانظر في تفاصيل هذا الموضوع
REMOND-GOUILLOUD(M). L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement. j.c.p 1977 -1- doct- 2850

(٦٣) في هذا المعنى جروا بند/٣٦ ، د . السنهوري ص/٣٨٠، ٣٨١ بند/١٦٥ ، د . محمد علي إمام ص /١٦٦ بند/٩٦ ، ومن تطبيقات القضاء المصري (في كفالة شخصية) نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ سابق الإشارة .

(٦٤) وقد قضي تبعا لذلك ، وتطبيقا للمادة/١٢٨٧-١ مدني فرنسي(التي تقضي بأن الابراء ... الممنوح للمدين الاصلي يعفي الكفلاء" بأن للكفيل العيني أن يتمسك بابراء الدائن مدينه الأصلي : انظر
Nancy 1/3/1932 D 1933-2-1 et not VOIRIN (P)
أما في مصر ، فنفس الحكم يمكن أن يستخلص من عموم صياغة المادة ٧٨٢-١ التي تقضي بأن يبرأ الكفيل بمجرد براءة ذمة المدين "

وهو ، فى تمسكه بهذه الدفوع يستعمل كالكفيل الشخصى ـ حقا خاصا بـه ، لاحق المدين (٦٥)،(٦٦) • ولذلك ، فإن هذا الحق يبقى له ـ بدوره ـ ولو لم يتمسك المدين بهذه الدفوع ، أو تنازل عن حقه فى التمسك بها فى مواجهة الدائن (٦٧) •

٦١) وللكفيل العينى ، كذلك ، أن يتمسك بالأوصاف المتعلقة بالدين المكفول وبخاصة ،الأجل الذى يمكن أن يكون قد أضيف إليه هذا الدين (٦٨) • وهو لايباشر ـ بداهة ـ بتسبب المدين فى سقوط مثل هذا الأجل (٦٩) ، إذ لايجوز أن يتحمل تبعة خطأ لم يرتكبه ، حين أنه بالفرض قد تدخل قصد إسداء خدمة أساسا • كما يمكن أن تسند هذا الحكم أيضا ، حقيقة أن الكفالة هى" عملية مركبة ، تربط بين أشخاص ثلاثة ، ولايمكن لأحدهم ، أو لاثنين منهم ، أن يسوءا مركز الثالث " (٧٠) •

---

(٦٥) وهو ما تؤكده، فى مصر ، صياغة المادة ، ٧٨٢ـ١ التى تقضى بأن :
" له (أى الكفيل) أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين " وفى نفس المعنى تقريبا نص المادة /٢٠٣٦ ـ ١ مدنى فرنسى •

(٦٦) راجع فى هذا المعنى (فيما يتعلق بالكفالة العادية) : لوران ، المرجع السابق جـ / ٢٨ ص / ٢٩٦ بند / ٣٠٠ ، بودرى لاكانتينرى وڤال ، المرجع السابق جـ / ٢١ ص ، ٤٦٨ بند /٩٥٤ ، د • السنهورى ص / ٣٨٠ ، ٣٨١ بند / ١٦٥ ، د • محمود جمال الدين ذكى ص / ٩٦ بند / ٤٩

(٦٧) فى هذا المعنى : د • السنهورى ص ، ٣٨٠ ، ٣٨١ بند / ١٦٥

(٦٨) فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ ، هذا ويلاحظ أن بإمكان الكفيل أن يعلّق التزامه على شرط أن يمنح الدائن المدين أجلا للوفاء بدينه • راجع فى هذا المعنى : د • محمود جمال الدين ذكى ص / ٧٥ بند / ٤١ وحكم استئناف ليون الذى يشير إليه فى هامش / ١٩ •

(٦٩) راجع فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ : وراجع فى الفرض العكسى (وهو فرض تسبب الكفيل فى إسقاط الاجل بإضعاف التأمين ، وأثر ذلك على الأجل بالنسبة للمدين) سابقا بند / ١٩ •

(٧٠) راجع • محمود جمال الدين ذكى ص/٩٩ بند /٥٣ نقلا عن دى باج اشار إليه هامش / ٧

٦٢) وإذا كان يجوز للكفيل العيني - طبقا للقواعد العامة في الكفالة - أن يفيد من حيث الأصل ، من كل اتفاق يقبل الدائن بمقتضاه تخفيف عبء الدين المكفول (٧١) ، إلا أن المشرع الفرنسي كان ، على مايبدو ، ينطلق من اعتبار أن رضاء الدائن بإطالة الأجل الذي كان الدين قد أضيف إليه أصلا مما يمكن أن يضر الكفيل (لما يحتمل معه أن يصبح المدين غير قادر على سداد الدين في الأجل الجديد ، بعد أن كان بوسعه السداد قبله) ، حين قرر في المادة / ٢٠٣٩ ، بأن الكفيل (الذي لن يعفيه ، بالفرض ، مجرد هذه الإطالة) يستطيع ، في هذه الحالة ، أن يرجع على المدين ، لجبره على الوفاء للدائن (٧٢)،(٧٣) .

---

(٧١) راجع في هذا المعنى(في صدد الكفالة الشخصية) د . محمود جمال الدين زكي ص / ٧٤ بند / ٤١ .

(٧٢) فهي تجري على النحو التالي :-
" La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution , qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement " .

(٧٣) ويبدو أن العادة أصبحت تجري في فرنسا ، على أن تتضمن عقود الكفالة شرطا ، يحظر على الدائن منح مهل جديدة للمدين ، وإلا فقد كل حق له في الرجوع على الكفيل . راجع في مثل هذا الشرط ، ومدى صحته :

DAGOT(M) De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur á peine de perdre tous ses recours contre la caution. j.c.p 1973-1-doct-2577

وراجع أيضا :

civ . 22/5/1973 j.c.p 1973-2-17572 et note DAGOT (M)

٦٣) وبدهي أن يكون للكفيل العيني ، كالكفيل الشخصي ، وطبقا للقواعد العامة نفسها ، أن يتمسك في مواجهة الدائن المرتهن ، بالدفوع المتعلقة بالعقد الذي ابرمه معه (٧٤) .

٦٤) وقد كان لبعض الدول — من خلال نظرة مستقله للمبادىء العامة للكفالة أن للكفيل العيني (كشخص غير مسئول بدوره عن دين غيره إلا بشكل تبعي حق الدفع بالتجريد والدفع بالتجزئة (أو التقسيم) ، لولا أن بعض أحكام الرهن يبدو تتعارض مع ذلك ، على ماسنبينه ، في موضع لاحق (٧٥) .

٦٥) ويبقى أنه ، قد أصبح من المسلم به الآن (٧٦)

---

(٧٤) فيهذا المعنى : د . السنهوري ص / ٤٨١ بند / ١٦٥ : د . محمد على إمام ص / ١٦٦ بند / ٩٦ .

(٧٥) راجع لاحقا بند /

(٧٦) انظر مثلا :
كابيو ، خاصة ص /١٤٩ بند / ١٠٠ ، مولى ، المرجع السابق ص / ٤٩٧ بند ٣٩٢ ، ديبوى ، المرجع السابق ص /١٨٣ ، مازو (هـ . ل . ج) وشاباس ، المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢

BETANT- ROBET(S) : La décharge de la caution par application de l'article 2037. Rev. trim. 1974 P. 314 No 12

وضمنا : داجو مقال ١٩٧٣ سابق الإشارة بند / ٣ :

وفي القضاء الفرنسي

cass 27/4/1942 S 1942-1-144, cass 23/11/1954 Bul. civ. To. 1 P. 779 No 331 , cass 4/1/1973 Bul. civ. To.1 P.1 No 1 .

وفي مصر : د . السنهوري ص/٢٤٢ بند/١٠١ ، د . محمدعلي إمام ص/١٦٦ بند/٩٦ ، د . سمير تناغو ص / ٩٠ بند / ٣٦ ، وقرب د . محمود جمال الدين ذكي ص / ١٠٧ بند / ٥٣ ، وعكس ذلك : د . محمد كامل مرسي ص / ١٧٧ ، ١٧٨ بند / ١٤٩ ،

تقريبا [٧٧] ، أن للكفيل العينى ، بدوره ، أن يتمسك بالحق ، المقرر صراحة في القانون للكفيل الشخصي ، وهو أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بعدم محافظة هذا الأخير على التأمينات التي كانت تضمن الوفاء بالالتزام المكفول [٧٨][٧٩]

---

(٧٧) أما الفقه البلجيكي ، فإنه ، على العكس ، لايسلم بذلك ٠ أشار إليه بيتان روبيه ، المقال السابق ص /٣١٧ بند / ١٤ (ويشير في هامش / ٢٦ إلى كل من : دى باج ، وديكرز) وفي نفس هذا الاتجاه من الفقه المصرى ، دكتور محمد كامل مرسى ص / ١٧٧ ، ١٧٨ بند / ١٤٩ ٠

(٧٨) م/ ٧٨٤ـ١ مدنى مصرى ، م/ ٢٠٣٧ مدنى فرنسي ، ويقرر نفس الحكم ايضا كل من : القانون البلجيكي ، واللوكسمبورجي ، الايطالى ، والاسبانى ، والاثيوبى والسويسرى ، والالمانى ، والنمساوى ، والقضاء الانجليزى ٠ راجع في ذلك مولى المرجع السابق ص / ٤٩٣ بند / ٣٨٧ ٠
وراجع ، مع تطبيقات القضاء المصرى ، لهذا الحكم ، فى صدد الكفالة الشخصية : نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ المجموعة السنة / ٢٠ ص /١٠٥٠ رقم/ ١٦٣ ٠

(٧٩) وكان الشراح الفرنسيون ، القدامى ، يطلقون على هذا الحق " الدفع بالتنازل عن الدعاوى : Bénéfice de cession d'actions
أشار لذلك : مولى ص / ٤٩٢ ومابعدها بند / ٣٨٦
وانظر فى أصل هذا التعبير القديم : بيتان - روبيه المقال السابق ص/٣١٢ بند / ٧ ، مارتى ورينو ، المرجع السابق ج/ ٣ مجلد / ١ بند / ٥٦٢ ٠
كما لايزال البعض في الفقه الحديث يستخدم نفس التعبير ، انظر مثلا شيفالييه وباشو ، المرجع السابق ص / ٤٦٢ ٠
وانظر ، فى تفضيل أن يطلق عليه تعبير الدفع بالحلول ، أو بالأولى ، الدفع بعدم الحلول: مولى ص / ٤٩٣ بند / ٣٨٦ ٠
SIMLER(ph). La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du code civile j.c.p 1975-I-doct-2711 no 4 note 4.

ودون دخول ... يكون مفيدا كثيرا في هذا الشأن بعد أن استقر الأمر ... تحرير القول بأن ما كان يثور من خلاف في فرنسا، حول مدى ... هذا الحق للكفيل العيني كان يرجع في الحقيقة إلى اختلاف في تحليل الأصل التاريخي الذي استمد منه نص المادة / ٢٠٣٧ التي قررت هذا الحق للكفيل (في باب الكفالة الشخصية). فقد كان البعض يعتقد، من هذا التحليل أن نشأة الحق في التجريد ... للضامن، كانت هي الأساس لما أصبح يلتزم به الدائن، في القانون الروماني، من المحافظة على الضمانات التي تضمن حقه. ليخلص من هذا الفهم إلى أن من لا يملك من الضامنين الحق في التجريد، ومنهم الكفيل العيني، لا يمكنه أن يدفع بإضاعة الدائن للتأمينات [80] [81].

وإذا كان البعض قد تمكن هذا أن يفند مثل هذا التحليل [82]، إلا أن شكا كان يبقى حول ثبوت هذا الحق للكفيل العيني، أساسه، ما قد يُرى من عدم جواز التوسع في تفسير المادة / ٢٠٣٧ بحسبانها نصا استثنائيا [83]. بيد أن الفقه والقضاء الفرنسيين، ما لبث حتى بدد هذا الشك، منذ

---

(٨٠) راجع في هذا الشأن: مولى الصفحات من ٤٩١ ـ ٥٢٣ البنود من / ٣٨٥ ـ ٤١٤، بيتان ـ روبيه، المقال سابق الإشارة، شيفالييه وباش المرجع السابق ص / ٤٦٢، ديبوى ص / ١٨٣.

SIMLER (ph) : note j.c.p 1975-2- 18182

(٨١) رأى منسوب لـ تروبولونج عرضه كابيو ص / ١٣٢ ومابعدها بند / ١٠٠، كما ينسب نفس الرأي لفقهاء آخرين، مولى ص / ٤٩١ بند / ٣٨٥، وانظر أيضا الفقه الذي يشير إليه كل من: د. السنهوري ص / ٢٤٢ هامش / ٢ د. محمد كامل مرسي ص: ١٧٨ هامش / ٤.

(٨٢) راجع، كابيو ص / ١٣٣ ومابعدها بند / ١٠٠

(٨٣) أشار إلى وجود مثل هذا الشك، لدى البعض في الفقه الفرنسي، كابيو ص/١٤٥ بند/١٤٥ كما يؤكد بيتان ـ روبيه ص/٣١٧ بند/١٤ أن المحاكم الفرنسية رأت ذلك فعلا لوقت طويل. ويأخذ بوجهة النظر هذه في مصر/د. محمد كامل مرسي ص / ١٧٨ بند / ١٤٩.

وقت طويل [84] ، وإن اختلفت وجهات النظر ، بعد ذلك ، حول أســـــاس الحكم المقرر بهذه المادة [85] .

---

(84) أشار لذلك ، كايو ص / 145 ومابعدها بند / 100 ، وانظر الأحكام القضائية العديدة التي أشار إليها في نفس الموضع .

(85) راجع ، في عرض مفصل ، لمختلف الآراء التي قيلت في هذا الأساس : بيتــــان روبيه ص / 312 ومابعدها البنود من 7 ـ 9 ، وسيملر مقال 1975 سابـــق الإشارة ، البنود من 9 ـ 23 .

وراجع في الآراء الخاصة ، في هذا الشأن :ـ

مازو (هـ . ل . جـ) وشابا س المرجع السابق ص / 271 بند / 262 . سيملر مقال 1975 سابق الإشارة بند / 4 هامش / 4 ، بيتان ـ روبيه ص / 313 بند / 9 ، جوسران المرجع السابق بند / 1490 ، مارتي ورينو ، المرجع السابق ج / 3 بند / 542 ص / 336

HENDLER (R) . Le cautionnement , reine éphémére les suretés ? D 1961-chro- P.151

المطلب الثالث
في العلاقة بين الكفلاء المتعددين
(رجوع الكفيل العيني ، والموفي ، على غيره من الكفلاء)(٨٧)
(ا) في فرض وجود كفيل عيني آخر ، مع الكفيل العيني)(٨٨)

٦٦) وسيطلق الفقه ، بفرضنا من نفس الأفكار التي تحكم فرض تعدد الكفلاء الشخصيين ، حين يعرضون لحكم تعدد الكفلاء العينيين ،فيسلمون ، في هذا الشأن أيضا ، بأن للكفيل العيني الذي أوّفى أن يرجع على الكفيل العيني الآخر الذي رهن ماله في نفس الدين ، وذلك بنسبة نصيبه في هذا الأخير ،

---

(٨٧) لايشور - في مصر - رجوع الكفيل الموفي على غيره ممن كفلوا نفس الدين ، إلا إذا كانوا متضامنين جميعا في سداده ، أو كانت كفالاتهم قد أبرمت بعقود متتالية ، وإلا فإنه لن يكون بإمكان الدائن ، أصلا ، أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين • فالمادة / ٧٩٢ مدني تقضي بأنه : " ١-إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم • ولايجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة • ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متواليه ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم " وقارن ، في فرنسا ، نص المادة / ٢٠٢٥ مدني التي تجعل على العكس - الأصل عند تعدد الكفلاء لمدين واحد ومن أجل دين واحد ، أن يكون كل منهم ملزما بكل الدين • وإن خفف المشرع من وطأة هذا الحكم ، بما قرره ، في المادة / ٢٠٢٦ لكل منهم - مالم يكن قد تنازل عن هذا الحق - أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بتقسيم الدين بينهم أولا وقصر هذا الرجوع على نسبة نصيبه في الدين •

(٨٨) هذا الفرض نادر الحدوث في الحقيقة، ومع ذلك فقد طرح على القضاء الفرنسي في بعض الأحيان ، راجع مثلا :
cass 5/3/1975 Bul. civ. T.1 P. 84 No 96

حيث يتساوى وضعهما تماما [٨٩] ، وينعدم كل سبب لتفضيل أحدهما على الآخر [٩٠] . مادام أن الوجه الوحيد الذى ربما قد يختلفان فيه ، هو تاريخ نشأة ضمان كل منهما ، وهو اختلاف ، ليس في القواعد العامة للكفالة مايشير إلى أن له أية أهمية فى هذا الشأن [٩١] .

٦٧) أما كيف يقسم الدين بينهما : فالبعض يرى أن يكون ذلك بنسبة قيمة عقار كل منهما إلى عقار الآخر . وأساسه ، مايراه ، من أنه فى الكفالة العينية ، " العقار هو الذى يلتزم " [٩٢] .

أما البعض الآخر ، فيرى - بشكل أكثر دقة - وجوب التفرقة ، فى هذا الشأن ، بين ما إذا كانت قيمة العقارين المثقلين بالضمان ، مساوية لقيمة الدين أو أكبر منه ، حيث يكون التقسيم ، عندئذ ، بالتساوى بين الكفيلين ، أو كانت قيمة أحد العقارين أو كليهما أقل من قيمة الدين حيث يقسم ، عندئذ ، هذا الأخير ، فيما يعادل منه قيمة العقار الأقل ، مناصفة بينهما . أما الباقى فيتحمله الكفيل صاحب العقار الأكبر قيمة [٩٣]

---

(٨٩) فى هذا المعنى : ميستر ، المقال السابق ص / ٣٤ بند / ٦٠ ، كايو ص / ١١٨ بند / ٨٩ .

(٩٠)(٩١) فى هذا المعنى : كايو ص / ١١٨ ، ١١٩ بند / ٨٩

(٩٢) راجع فى هذا الاتجاه : كايو ص / ١١٨ ، ١١٩ ، بند / ٨٩

(٩٣) راجع فى هذا الاتجاه : ميستر ، المقال السابق ص / ٣٤ بند / ٦٠

(ب) في فرض وجود كفيل شخصي مع الكفيل العيني

٦٨) وانطلاقا من تصور ، مفاده ، أن الكفلاء الشخصيين يكونون أولى بالمسئولية عن الوفاء بالدين المكفول من محررين يكفلونه كفالة عينية بمال من أموالهم[94] . ذهب رأى في الفقه الفرنسي ، إلى تفضيل الكفيل العيني على الكفيل الشخصي في هذا الفرض . بحيث أنه ، إذا كان هذا الأخير هو الذى سدد الدين ، فلا رجوع له على الأول . أما في الحالة العكسية ، فإن للكفيل العيني أن يسترد من الكفيل الشخصي كل ما أوفاه[95] .

٦٩) ويقترب من هذا الرأى - من حيث ماينتهى إليه هو الآخر من عدم قسمة الدين بين الكفيلين وإنما تحميله على أحدهما - ما نادى به البعض الآخر من وجوب التعويل في الفرض محل البحث ، على تاريخ نشأة كل من التأمينين . فإذا كان الرهن قد نشأ قبل الكفالة ، فإن للكفيل - وقد تعهد عندئذ معتمدا على ما للدائن من تأمين عيني يمكنه بالوفاء أن يحل محله فيه - أن يرجع بكل ما أوفاه على الراهن (الكفيل العيني) ، والعكس صحيح . أما إذا فرض وكان كل من الرهن والكفالة قد نشأ في نفس التاريخ ، فإن الكفيل العيني يفضل على الكفيل الشخصي ، لأنه " بالمنظور القانوني البحت ، وبالمنطق العملي أيضا ، فإن الكفيل الذى يتعهد شخصيا ، يكون مسئولا عن الوفاء

---

(٩٤) وأنصار هذا التصور ، يصفون مسئولية الكفلاء الشخصيين عن الوفاء بالدين ، بالمقارنة لمسئولية الكفلاء العينيين عنه ، بأنها :
Plus strictement

(٩٥) رأى منسوب لـ تروبولونج ، عرضه كل من : كايو ص / ٩٧ ومابعدها بند / ٨١ ، مبستر ص / ٣٠ بند / ٥٣

بالدين ، أولى ، أو إن جاز التعبير بشكل أكثر أساسية ، من مسئولية من يتعهد بضمانه تعهدا عينيا فقط ، وبسبب المال الذى رهنه فيه"[(٩٦)] .

٧٠) على أن هذين الرأيين بقيا مهجورين فى الحقيقة . وأجمع الفقه تقريبا على عدم وجود ثمة سبب لتفضيل أى من الكفيلين على الآخر[(٩٧)] . فهما يتساويان فى المركز القانونى كمدينين تابعين[(٩٨)] . ولذلك يتساويان فى الحق فى الحلول . وهذا الأخير حين يثبت لموفى . فإنه لاعبرة بتاريخ نشأة الضمان الذى يتم فيه[(٩٩)] . وقد عبر المشرع نفسه عن هذه المساواة ، فى فرض تعدد الكفلاء الشخصيين ، حين جعل للموفى منهم أن يرجع على الآخرين دون ما أهمية لتواريخ تعهداتهم[(١٠٠)] . هذا إلى أن نموذج تعهد كل كفيل فى علاقته بالدائن ، إنما يخصه فى الحقيقة وحده، ولايعنى الكفلاء الآخرين فاذا ما تعدد كفلاء ، تعهدوا بالضمان بطرائق مختلفة

---

(٩٦) رأى منسوب ل : بون و ماركاديه ، عرضه كايو ص / ١١٠ بند / ٨٥ .

(٩٧) راجع الفقه المشار إليه فى الهوامش التالية . كما يفهم هذا الاتجاه ضمنا من كتابات الشراح المصريين ، أنظر مثلا : د . السنهورى ص / ٢١٠ بند / ٨١ ، د . محمد كامل مرسى ص / ١٣٤ بند / ١١٣ ، د . محمد على إمام ص / ١٦٦ بند / ٩٦ ، د . محمود جمال الدين ص / ١٤١بند/ ٧٠

(٩٨) فى هذا المعنى : ميستر ص / ٣٠ ، ٣١ بند / ٥٤

(٩٩) وتعبيرا عن هذا المعنى يقول البعض ، إن التواريخ الخاصة بالتعهدات - وهى لاتغير فى شئ من وضع الكفلاء - يجب أن تظل بلا أثر . راجع ميستر ص / ٣١ بند / ٥٤ .

(١٠٠) فى هذا المعنى : كايو ص /١١١ ، ١١٢ بند / ٨٥ ، ميستر ص / ٣١ بند / ٥٤

" بأن الرجوع فيما بينهم ، وبحسب كل منهم ، في الدين ، لايتوقف على كونهم ، عينيين أو شخصيين ، فليس مايوجب أي تدرج بينهم[101][102]

٧١) لكن التساؤل كان يبقى، بعد ذلك ، عن كيفية تحديد نسبة مايجب أن يتحمله كل من هذين الكفيلين المتساويين في المركز ، في الدين المكفول

٧٢) وفي هذا الشأن ، قال البعض ، في البداية ، بتقسيم هذا الدين ، وفي كل الأحوال ، بالتساوي بينهما ، أي مناصفة ، وذلك دون ما أهمية لقيمة المال المرهون بالمقارنة للدين المكفول (وهل هي أكبر منه ، أو على الأقل مساوية له ، او هي أقل منه)[103] ، لأن كلا من الكفيلين قد ضمن المدين في مواجهة الدائن تماما كما ضمنه الآخر " ومتى كان ذلك ، فإنه لا شيء يبرر أكثر ، جعل مساهمتهما في الدين غير متساوية ، من جعل مساهمة كفيلين

---

(١٠١) جروا بند / ٣٥ ، وفي نفس المعنى ، ميستر بند / ٥٢ ومابعده ،

SIMLER(ph) : j.cl.civ. art 2028-2033 Fasc D No 203

Toulouse 27/12/1911 D 1913-2-65 et note DUNNEDIEU de VABRES .

(١٠٢) ويبرر البعض ، في مصر ، رجوع أي من الكفيلين ، أوفى ، على الآخر ، بنسبة نصيبه في الدين ، بأن " كلا منهما قد اعتمد في كفالته للمدين على وجود الآخر " راجع د . محمود جمال الدين زكي ص / ١٤١ بند / ٧٠

(١٠٣) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ، المرجع السابق ص / ٨٢٦ بند / ٩٨٧ ، وانظر أيضا استئناف تولوز في ١٩١١/١٢/٢٧ سابق الاشارة وتعليق دونيديبيه دى فابر .

شخصيين ، ثروتهما غير متساوية ، بشكل غير متساوى أيضا " (١٠٤)

وطبيعى أن يكون مثل هذا التصور عرضه للنقد ، فهو يدوم على قياس مع الفارق . إذ الكفيل الشخصى يضمن الدين ... في حين بماله ، بينما يقصد الكفيل العينى - على العكس - ألا يكون مسئولا إلا في حدود المال الذى رهنه فيه . ويظهر هذا الفارق بشكل واضح ، في حالة الوفاء الجزئى فالكفيل الشخصى ، حين يسدد جزءا من الدين ، يظل مسئولا ، عن الباقى في أمواله المستقبلة ، فيما تنقضى الكفالة العينية ، نهائيا ، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل . بالتنفيذ على المال المرهون ، بصرف النظر عما إذا كانت حصيلة بيعه قد غطت ، أم لم تغط ، كلية الدين (١٠٥) .

٧٣) لذلك يتجه الرأى السائد في الفقه ، إلى قصر القسمة بالتساوى بين الكفيلين ، على الفرض الذى تكون فيه قيمة المال المرهون أكبر من الدين أو على الأقل مساوية له ، إذ تكون مسئولية الكفيل العينى ، عندئذ ، بمقدار مسئولية الكفيل الشخصى (١٠٦) .

---

(١٠٤) " Ces fonds répondent tous également de la dette principale á l'égarde du créancier, et dés lors il n'ya pas plus de raison pour les faire contribuer inégalement entre eux du paiement de cette dette, qu' il n'y en aurait de faire contribuer inégalement au paiement de la dette cautionnée deux cautions personnelles de fortune inégale " .

بونسو ، أشار إليه كابو ص / ١٠٩ بند / ٨٥ ، كما أشار إليه ميستر ص / ٣١ بند / ٥٥

(١٠٥) في هذا المعنى : كابو ص / ١٠٩ ، ١١٠ بند / ٨٥

(١٠٦) د . السنهورى ص / ٢١٠ بند / ٨١

اما إذا كانت نسبة أقل من قيمة الدين ، فإن حصة الكفيل العينـــــي يحدد أن يحسب بنسبة هذه القيمة إلى قيمة الدين [(١٠٧)] مثال ذلك : أن يكون الدين المكفول ١٢٠ ألف جنيه ، والمال المرهون ضمانا له من قبل الكفيل العيني قيمته ٦٠ الف ، عند ئد تكون قيمة المال المرهون نصف قيمة الدين ، وبالتالي لا يتحمل الكفيل العيني إلا نصف ما يتحمله الكفيل الشخصي ، فيكون على الأول ٤٠ الف ، وعلى الثاني ٨٠ ألف جنيه .

٧٤) وقد ظهر ، مؤخرا ، رأي في الفقه ، نميل إليه ، يذهب إلى وجـــــوب التسوية بين الكفيلين ومن ثم التقسيم بينهما مناصفة ، فيما يعادل من الدين قيمة المال المرهون ، أما ما يتبقى منه فيتحمله الكفيل الشخصـــي وحده [(١٠٨)] . ففي المثال السابق ، يوزع من الدين ٦٠ الف جنيه مناصفـــة على كل من الكفيلين ، ليتحمل الكفيل الشخصي وحده الباقي من الديـــن وهو ٦٠ الف . فتكون النتيجة النهائية : ٣٠ ألف يتحملها الكفيـــل العيني ، ٩٠ ألف يتحملها الكفيل الشخصي .

٧٥) هذا ويرى .. في هذا الموضع ، بعض أنصار الاقتراب بين كل من نوعي الكفالة انه حتى عندما يتحمل الكفيل العيني حصة من الدين أقل من حصة الكفيل

---

(١٠٧) في هذا المعنى : كابو ص / ١١٢ بند / ٨٥ ، والفقه العديد المشار اليه في ميستر ص / ٣١ بند / ٥٥ هامش / ١٣٦ ، وفي مصر : د . السنهـــوري ص / ٢١٠ بند / ٨١ ، د . محمد كامل مرسي ، ص / ١٣٤ بند / ١١٣ ، د . محمود جمال الدين زكي ص / ١٤١ بند / ٧٠ ، د . محمد لبيـــب شنب دروس في التأمينات العينية والشخصية ١٩٧٣ ص / ٢٧٢ بند / ٣١٦

(١٠٨) في هذا المعنى : ميستر ص / ٣٢ بند / ٥٦

الشخصى لأن قيمة المال المرهون كانت أقل من قيمة الدين ، لايكون هناك من فارق بين نوعي الكفالة ، لأن الكفاله العينية ـ في مثل هذا الفرض ـ تتحلل ، في العلاقة بين الضامنين ، ككفالة جزئية ـ وتظل طبيعتها بلا أهمية ٠ ولذلك تحدد نسبة مساهمة الكفيل العينى في هذه الحالة طبقا لنفس القواعد التي تحدد نسبة مساهمة الكفيل الجزئي ، حين يتعدد الكفلاء الشخصيون ، ويكون بينهم كفيل جزئي فقط (١٠٩) .

---

(١٠٩) في هذا المعنى : جروا بند / ٣٥ ، وفي نفس المعنى تقريبا مورلون حيث يقول ، أن العقار في هذه الحالة سوف يعتبر ككفيل لم يضمن إلا حصة من الدين ٠ أشار اليه كايو ص /١٠٨ بند / ٨٥

الفصل الثاني

أحكام الكفالة العينية

من خلال النظرة المزدوجة ، المتزامنة ، والمقربة ، لأحكام كل من الرهن والكفالة معا

تمهيد : تنوع العلاقات التي توجدها الكفالة العينية ، بين أحكام الرهن وأحكام الكفالة ، تقسيم .

٧٦) ذكرنا أنه لا يكفي ، لاستجلاء كل خصوصيات أحكام الكفالة العينية مجرد النظر إليها من خلال أحكام كل من الكفالة والرهن على استقلال ، وإنما يتعين أيضا - انطلاقا من حقيقة اجتماع كل من جهتي الكفالة والرهن فيها ، مواجهتها من خلال نظرة مزدوجة ، متزامنة ، ومقربة ، لأحكام كل من هذين النظامين .

وسوف يتبين من هذه النظرة ، أن الكفالة العينية توجد بين أحكام الرهن والكفالة ، نوعين من العلاقات : علاقات توافق ومن ثم إمكان تكامل ، من ناحية ، وعلاقات تعارض ، يستوجب الترجيح ، من ناحية أخرى .

ونخصص لكل من نوعي العلاقات هذين ، مبحثا مستقلا :

المبحث الأول

علاقات التوافق والتكامل

المقصود بهذه العلاقات ، ومدلول التكامل .

٧٧) يختلف - بداهة - التنظيم القانونى للكفالة ، كتأمين شخصى ، عن التنظيم القانونى للرهن ، كتأمين عينى ، لكن ذلك لايمنع من إمكان أن يتكامل على رأس الكفالة العينية ، جانب من أحكام هذين التنظيمين . فيطبق - من ثم - عليها من أحكام الكفالة الشخصية كل ما لايتعارض مع فكرة الرهن ، فى نفس الوقت الذى يطبق عليها فيه من أحكام الرهن بدوره كل مالا يتعارض وفكرة الكفالة الشخصية . مادامت هذه الأحكام وتلك يمكن جمعها ، أو بتعبير أدق ، تكاملها ، دون تنافر أو تعارض بينها .

وليس فى ذلك - حقيقة - إلا إعمالا لإرادة المتعاقدين الضمنية . فهما ، باختيارهما هذا النوع المركب من التأمينات ، يكونان فى الواقع قد قصدا إلى هذه النتيجة (1) .

مظاهره (أمثلة) :

(أ) الكفيل العينى ، وما للكفيل الشخصى من حق الرجوع على المدين بدعوى الحلول (إحالة)

٧٨) فالكفيل العينى ، إذا ما أوفى الدين ، أو نفذ به على عقاره المرهون ، يكون له نفس حق الكفيل الشخصى ، الموفى ، فى الحلول ، المقرر

---

(1) أو كما عبر البعض

"puisque les deux parties ont entendu jouer sur le double registre de l'hypothéque ou du gage et du cautionnement" . GRUA No. 39

من أحد بالسادة / ٧٩٩ مدني مصري [2] ، إذ لا شيء في فكرة الرهن يتعارض

وسلهذا الحق . وقد سبق بيان ذلك ومبرراته [3] .

(ب) الكفالة العينية المقدمة من التاجر في فترة الريبة ، تعتبر ، كالكفالة ، من قبيل أعمال التبرعات .

٧٩) كذلك، فإن من المسلم به ، أن الكفالة العينية التي يقدمها التاجر في فترة الريبة ، إنما تقع ، ككفالة ، تحت طائل الفقرة الأولى من المادة / ٢٢٧ من قانون التجارة المصري [4] ، بحسبانها من قبيل أعمال التبرعات في معنى هذه المادة . ومن ثم فإنها تكون باطلة بطلانا

---

(٢) هذا الحق الذي يمكن أن يجد سنده أيضا في القواعد العامة ، م / ٣٢٦ مدني وفي نفس المعنى نص المادة / ١٢٥١ - ٣ مدني فرنسي .

(٣) في هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لذلك :
cass 23/11/1954 Bul. civ. I.1 P.339 No 331

(٤) وهي تقضي بأنه :
" إذا حصل من المدين بعد الوقت الذي عينته المحكمة أنه وقت وقوفه عن دفع الديون ، أو في ظرف الأيام العشرة التي قبله ، عقد تبرع ، بنقل ملكية منقول أو عقار ، أو إذا وفى دينا لم يحل أجله بنقود أو بحوالة أو ببيع أو بتخصيص مقابل للوفاء أو بمقاصة أو بغير ذلك ، فيكون جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغيا لا يعتد به بالنسبة لروكية المدانيين وكذلك كل دين حل ميعاده ودفعه بغير نقود ولا أوراق تجارية " ويقابلها في فرنسا نص المادة / ٢٩ من قانون ١٣ يوليه ١٩٦٧ .

وجوبيا [٥] ، حين أن " إنشاء التأمينات العينية هو، بصفة عامة ، من قبيل أعمال المعاوضات [٦] .

على أن يلاحظ ، في هذا الشأن ، أن الذى يبطل ، وجوبا ، هنا ، إنما هو الكفالة العينية ، بمعنى الرهن الذى قدمه التاجر نفسه ، في فترة الريبة ، على مال من أمواله هو [٧] ، ضمانا لدين على غيره . أما الكفالة العينية التي يقدمها أحد الأغيار ، برهن مال من أمواله ، ضمانا لدين على التاجر ، الذى أفلس فيما بعد ، فإنها تخرج من إطار المادة / ٢٢٧ سابقة الاشارة ، ولاتتناولها ، بالذات الفقرة الثانية منها [٨] . ومن ثم فإنها لاتكون باطلة [٩] . حتى ولو تكانت قد قدمت في فترة الريبة في هذا التاجر أو في الأيام العشرة السابقة عليها . وحتى أيضا ولو كان الدين ، الذى قدمت ضمانا له ، سابقا على تقديمها ، وذلك لأن مجموع دائني التاجر المفلس لن يصيبه ضرر منها . فالرهن ، بالفرض ، لم يقع

---

(٥) راجع في هذا المعنى ، د . على البارودى ، القانون التجارى ١٩٧٥ ص / ٥٨٨ بند / ٤٧٦ ، د . مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الأوراق التجارية والإفلاس ١٩٨٥ ، ص / ٤١٥ بند / ٤٦٧ ، وضمنا د . محسن شفيق ، الوجيز في القانون التجارى ٦٨ - ١٩٦٩ ص / ٥١٩ بند /٦٤١ ، د . محمد على صالح شرح القانون التجارى ، الإفلاس ج/ ٤ ط / ٥ ١٩٤٣ ص /٧٣ بند / ٦٨ ، وفي فرنسا : جروا بند / ٤٠ ، وهو يؤكد (في هامش / ٥٥) أن القضاء الفرنسي يعتبر الكفالة ، من حيث المبدأ ككل أعمال التبرعات في حكم المادة / ٢٩ من قانون ١٣ يولية ١٩٦٧ .

(٦) جروا بند / ٤١

(٧) راجع ، من تطبيقات القضاء المصرى ، لبطلان الرهن الذى يرتبه المدين في فترة الريبة : نقض ٧١/٦/٢٤ المجموعة السنة ٢٢ ص/٨٣٤ رقم/١٣٦ ،

(٨) وهي تقضي بأنه" ويكون أيضا لاغيا ولايعتد به ، كل رهن عقار من عقارات المدين أو منقول من منقولاته .... إذا حصل ذلك في المواعيد المذكورة آنفا لوفاء ديون استدانها المدين قبل تلك المواعيد "

(٩) راجع في هذا المعنى : د . البارودى ، المرجع السابق ص / ٥٩١ هامش /٣ وكذلك الفقه المشار إليه في الهوامش التالية .

على شيء من مال مدينهم (التاجر) ، ولن يترتب عليه أن يفضل الدائن المكفول ، على أحدهم ، في الاستيلاء على ثمن شيء من مال هذا المدين [10] .

" نعم إن الكفيل العينى له أن يرجع على المدين بقيمة ما ضاع من ثمن عقاره أو منقوله في وفاء دين هذا الأخير ، ولكنه إنما يرجع كدائن عادى ، يشترك مع بقية الدائنين في قسمة الغرماء بدلا من الدائن الأصلي . وسيان عند التفليسة أن يكون الذى يحقق دينه فيها هو الدائن الأصلي أو الكفيل العينى [11] "

(ج) في الشركات ، لاتدخل الكفالة العينية ضمن الأعمال التي تعتبر من قبيل الاختصاص العادى لأجهزة الإدارة :

٨٠) كذلك فإنه في الشركات - وعلى الرغم من أن إنشاء التأمينات العينية يعتبر من قبيل الأعمال التي تدخل ضمن الاختصاص العادى لأجهزة الادارة - فإن الكفالة العينية ، كالكفالة الشخصية ، لاتدخل في هذا النوع من الاختصاص ، وتخضع لما تخضع له هذه الأخيرة من القيود في هذا الشأن [12] .

---

(١٠) في هذا المعنى : د . محسن شفيق ص / ٥٢٨ بند / ٦٥٣ ، د . على الزينى أصول القانون التجارى ج / ٣ (الافلاس) ص ٣٩٧ / ٣٩٨ بند / ٣٢٧ ، وضمنا : نقض ١٩٧١/٦/٢٤ سابق الاشارة

(١١) د . على الزينى ص / ٣٩٨ بند / ٣٢٧

(١٢) في هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وضمنا نقض مصرى ١٩٨٠/١/١٥ المجموعة السنه ٣٢ (ع/١) ص / ١٧١ رقم / ٣٧ (وإذا كانت المحكمة ، في هذا الحكم ، قد اعتبرت الكفالة من قبيل أعمال الإدارة التي تدخل من ثم في سلطة مدير الشركة ، فلأن هذا الأخير لم يكن ، بها ، قد التزم ككفيل متضامن فيما ل الشركة ، وإنما انصب التزامه على الوفاء بدين في ذمة أحد الشركاء مما يستحق قبل الشركة من أرباح ، دون أن يمس هذا الالتزام مال الشركة المستقل ، مما لايعتبر تبرعا بل عملا من أعمال الإدارة ، شأنه شان أداء حصة كل شريك في الأرباح) .

(د) الكفالة العينية الواردة على مال من الأموال المشتركة بين الزوجين ، في القانون الفرنسي ، تخضع ، كالتأمينات العينية ، لقيد اتفاقهما المشترك .

٨١) وبالمقابلة ، فإنه فيما يتعلق بنظام الاشتراك القانوني في الأموال بين الزوجين (١٣) في القانون الفرنسي ، إذا كان القضاء هناك يخرج الكفالة الشخصية من النطاق الذي تلزم فيه الإدارة المشتركة ، بحسبانها (أي هذه الكفالة) ، في نظره ، ليست من قبيل أعمال التبرعات بالمعنى المقصود في المادة / ١٤٢٢ مدني (١٤) ، وهو ما يعني أن وسع الزوج أن يقدمها بمفرده (١٥) (أي دون حاجة لموافقة زوجته) فإن اتفاق الزوجين ، تماما كما تشترطه المادة / ١٤٢٤ فيما يتعلق بإنشاء أي تأمين عيني على أموالهما المشتركة (١٦) ـ يظل ، على العكس ، أمرا ضروريا من أجل تقديم كفالة عينية على أي مال من هذه الأموال (١٧) .

---

(١٣) la communauté légale

(١٤) وهي تقضي بأنه :
" le mari ne peut..... disposer entre vifs, à titre gratuit, de biens de la communauté, sans le consentement de la femme "

(١٥) في هذا الاتجاه : نقض فرنسي ١٩٧٣/١١/٢١ ، ١٩٧٨/٧/١١ أشار إليهما جروا بند / ٤١ هامش / ٥٦ .

(١٦) وهي تقضي بأنه :
" le mari ne peut, sans le consentement de la femme, ... ou grever de droits reels les... et ..... dépendant de la communauté "

(١٧) في هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وراجع كابيو ص / ٤٦ بند / ٣٥ حيث يرى أن المرأة المتزوجة بنظام انفصال الأموال لا تستطيع أن تنشئ كفالة عينية دون إذن من زوجها أو من القضاء .

(٥) بطلان عقد الكفالة العينية ، ككفالة ، يستتبع بطلانه كرهن والعكس . (الكفالة العينية الباطلة لا تتحول إلى مجرد كفالة أو تأمين عيني) .

٨٢) وبينبغي في هذا الموضع، وجوب الاشارة إلى أن وجود كل من جهتي الكفالة والرهن ، في الكفالة العينية ، يوجد على رأس هذه الأخيرة نوعا من الارتباط بين هذين النظامين يصل ، في نظر البعض ، إلى درجة عدم القابلية للإنقسام ، حيث لايوجد كل منهما ، على حد تعبيره ، إلا بواسطة الآخر[18] . وهو مايستتبع القول بأن العقد بين الدائن والكفيل العيني إذا ما كان باطلا لأى سبب ، ككفالة ، فإنه سيكون باطلا أيضا كرهن ، والعكس بالعكس " فالكفالة العينية لاتتحول ، على الإطلاق إلى مجرد كفالة (شخصية) أو مجرد تأمين عيني . إنها لاتكون كذلك (أى كفالة عينية) إلا إذا كانت الإثنين معا . إن قانون كل منهما يمكن أن يضاف إلى قانون الآخر ، لكن المجموع يكون باطلا إذا كان أحد مفرداته باطلا[19] » .

٨٣) وهكذا فإنه لايمكن أن تطبق على عقد الكفالة العينية الباطل ، فكرة ، أو نظرية ، تحول العقد ، المنصوص عليها بالمادة / ١٤٤ مدني مصرى ؛ لأن أحد الشروط الجوهرية للقول بتحول الكفالة العينية الباطلة إلى مجرد رهن صحيح أو كفالة شخصية صحيحة ، هو - طبقا لهذا النص أن يتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

---

(١٨)،(١٩) جروا بند / ٤٢

والموءكد أن نية الكفيل العينى بالذات لم تكن لتنصرف الي مجرد هذا العقد أو ذاك • فالكفيل العينى ليس مدينا راهنا ، وانما هو كفيل راهن ، يعرف - حين ضمن دين المدين - أن مسئوليته عن هذا الدين هي مجرد مسئولية تبعية • وهو فى نفس الوقت لم يقصد أن تتعدى مسئوليته هذه ، بهذه الكفالة ، قيمة المال الذى رهنه •

لذلك نعتقد بأن محكمة استئناف باريس ، لم يكن قضاؤها الموفق فى حكمها الصادر فى ١٩٧٩/١٠/٢٩ ، حين رأت إمكان تحول الكفالة العينية الباطلة ، لبطلان جهة الرهن فيها ، إلى كفالة شخصية محددة ، لايكون الكفيل فيها مسئولا إلا في حدود قيمة العقار المرهون رهنا باطلا (٢٠) •

---

(٢٠) حكم غير منشور ، أشار اليه جروا هامش / ٥٧
وكان الأمر في هذه الدعوى يتعلق بشركة ، أبرمت عقد كفالة رهنية على عقار ، حين كان الرهن باطلا لانعدام عنصر الرسمية فيه • فرأت المحكمة " أن الضمان كان قد أعطى بموجب تعهد من الكفيل يشكل - فى نية الطرفين - جزءا لايتجزأ من هذا الضمان " واستخلصت من ذلك أن " الشركة تكون مسئولة بصفتها كفيلة • فقط بسبب أن الطرفين قد حددا باتفاقهما حدود الضمان الممنوح للدائن ، فإن هذا الاتفاق لايكون قابلا للتنفيذ إلا على العقار المقدم كضمان " •

راجع في نقد هذا الحكم ، تأسيسا على أنه إذا كان من الصحيح أن الكفالة تشكل جزءا لايتجزأ من الرهن الرسمي في هذا الفرض ، إلا أن هذا الاخير كان يشكل بدوره جزءا لايتجزأ من الكفالة • جروا الموضع سابق الاشارة •

المبحث الثانى

علاقات التعارض ، ووجوب الترجيح

٨٤) إذا كان البعض من أحكام الرهن وأحكام الكفالة يمكن أن يتكامل على رأس الكفالة العينية ، على النحو الذى بيناه ، فإن البعض الآخر منها ، على العكس ، يقع التعارض فيه ، بشكل لايسمح بالجمع بينه ، وإنما على العكس يستوجب الترجيح .

ونعرض فيما يلى لبعض أمثلة من هذه التعارضات ، ثم لموجبات ترجيح جهة الرهن بأحكامه ، على جهة الكفالة بأحكامها ، فى كفالتنا موضوع البحث .

أولا : أمثلة لبعض التعارضات :

(أ) الكفالة العينية والدفوع التى يمكن أن يواجه بها الدائن (الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم) .

٨٥) بينما تجعل المادة ٢٠٢١/ مدنى فرنسى (١) ، فى باب الكفالة ، للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بتجريد المدين أولا من أمواله ، تحظر - على العكس - المادة / ٢١٧١ ، فى باب الرهن ، التمسك بهذا الدفع ضد الدائن الذى له على العقار رهن خاص (٢) ، فيثور التساؤل عن الوضع بالنسبة للكفالة العينية ، وماإذا كان للكفيل الراهن ، ككفيل ، أن

---

(١) وهى تقضى بأن : " الكفيل لايكون مسئولا بالوفاء للدائن ، إلا إذا لم يف له المدين الذى يتعين أن يُجرَّد أولا من أمواله "

(٢) فهى تقضى بأن " الدفع بالتجريد لايجوز التمسك به ضد الدائن الممتاز أو الدائن الذى له على العقار رهن خاص " .

يتمسك بمثل هذا الدفع ، أم أنه يحظر عليه ، كراهن ، أن يدفع به في مواجهة الدائن المرتهن (٣) .

وهذا التساؤل لايثور في مصر ، رغم أن المادة / ٧٨٨ مدني تقضي بدورها ، بعدم جواز الرجوع على الكفيل إلا بعد تجريد المدين (٤)(٥) .

فالأمر محسوم بشأنه ، إذ تحظر المادة / ١٠٥٠ صراحة على الكفيل العيني التمسك بمثل هذا الدفع ، حين تقضي بأنه : " إذا كان الراهن شخصا غير المدين ، فلايجوز ٠٠٠٠٠٠٠ ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين"

٨٦) كذلك يتعارض ، في فرنسا أيضا ، تعارضا واضحا ، ماتقرره المادة/ ٢٠٢٦ مدني ، في باب الكفالة / للكفيل ، من الحق في طلب التقسيم

---

(٣) راجع ، في الاتجاه المجمع عليه ، بعدم جواز تمسك الكفيل العيني بهذا الدفع : كابيو ص / ٧٧ وما بعدها بند / ٦٢ ، جروا بند / ٤٣ والفقه والقضاء المشار اليهما فيه في هامشي ٦٠/٥٩ ، وفي مصر ، دكتور شمس الدين الوكيل ص / ١٨٧ بند / ٧٧ ، د ٠ محمد على امام ص/ ٩٩ بند / ٦١ ، د ٠ محمود جمال الدين ذكي ص / ١١٣ بند / ٥٨ ، د ٠ سمير تناغو ص / ٦٩ بند / ٣٠ ٠

(٤) راجع من تطبيقات المصري للدفع بالتجريد (في الكفالة الشخصية) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ المجموعه السنة ٣٠ (ع/٣) ص / ١٧١ رقم / ٣٧٢ ٠

(٥) وبينما أن نص المادة / ٧٨٨ مدني مصري صريح في عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل أولا قبل الرجوع على المدين ، فإن البعض في الفقه الفرنسي يرى أنه عند حلول أجل الدين ، لايكون الدائن ملتزما بأن يرجع على المدين أولا ، ولا حتى بأن يعذره ، وإنما له الحق في أن يرجع مباشرة على الكفيل ، إنما يسمح القانون لهذا الأخير أن يوقف متابعة الدائن له ، بالدفع في مواجهته بالتجريد ٠راجع : كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، المرجع السابق ص / ٨١٩ ، ٨٢٠ بند/ ٩٧٩ ، والاحكام المشار اليها في نفس الموضع ، وانظر ايضا في نفس المعنى : جوسران ، المرجع السابق ص/٨٠٨ بند / ١٤٨٦ ٠

محددا بتعدد الكفلاء لنفس الدين[6] مع أحد المبادئ الأساسية المسلم بها في مجال الرهن، وهو مبدأ عدم تجزئة الرهن[7][8].

(ب) الكفالة العينية وحدود الضمان (ملحقات الدين المضمون، والمصروفات).

٨٧ وبينما انه، في باب الكفالة، ينص المشرع، في كل من مصر وفرنسا صراحة، على أن هذه الأخيرة تشمل " ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل "[9]، فإن هذه الملحقات والمصروفات لايمكن - في كل من القانونين المصري والفرنسي، أن تكون مضمونة بالرهن الرسمي، لسبب بسيط، أنها لاتكون - عند إبرام العقد - قابلة للتحديد، حين أن من المسلم به، أن الرهن الرسمي لايكون صحيحا، إلا إذا كان الدين المضمون به مُخصّصًا، أي محددا

---

(٦) وقد اشرنا في موضع سابق، إلى أن مثل هذا الدفع لايثور في مصر - راجع سابقا بند ٦٦/ ،هامش/٨٧، وراجع في الدفع بالتقسيم : كولان - وكابيتان ودى لاموراندبير ص / ٨٢٠ ومابعدها بند / ٩٨٠، وفى مثال له : ديبوى وربيسير المرجع السابق ص / ١٨٢ .

(٧) راجع في هذا المبدأ : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ص / ٩٧٢ ومابعدها بند / ١١٩٢، وفى مصر : د. محمود جمال الدين ذكى ص / ١٦٤ ومابعدها بند / ٨٤ .
وقد ورد النص على هذا المبدأ، صراحة، في المادة/١٠٤١ مدنى مصرى حين قضت بأن، كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها .

(٨) راجع في معنى عدم إمكان تمسك الكفيل العينى بهذا الدفع : كايو ص /٧٩ ومابعدها بند / ٦٣

(٩) م / ٧٨١ مدنى مصرى، ويقابلها في فرنسا نص المادة / ٢٠١٦ مدنى

في العقد (١٠) .

فإذا ما كان ذلك ، بات التساؤل واردا أيضا عن الحكم في الكفالة العينية ، وما إذا كان هذا النوع من التأمينات يمتد أو لا يمتد ، ليشمل هذه الملحقات والمصروفات (١١) .

(ح) الكفالة العينية ووسيلة تفادي سقوط الأجل بسبب ضعف التأمينات .

٨٨) وفي فرنسا ، يتعين على المدين ، حتى يتفادى سقوط الأجل بسبب صيرورة الكفيل معسرا (١٢) أن يقدم للدائن ، بمقتضى المادة / ٢٠٢٠ - ١ مدني ، الواردة في باب الكفالة ، كفيلا جديدا . بينما يجب عليه ، في باب الرهن ، إذا هلك العقار المرهون أو ضعف ضمانه ، أن يقدم للدائن ،

---

(١٠) وقد ورد النص على شرط تخصيص الرهن ، من حيث الدين المضمون ، في المادة / ٢١٣٢ مدني فرنسي ، التي تقضي بأن " الرهن الرسمي ، الاتفاقي لا يكون صحيحا ، إلا إذا كان المبلغ الذي من أجله أبرم ، مؤكدا ومحددا في العقد " راجع في شرح هذا النص : كولان وكابيتان ودي لامورانديير ص / ١٠٣٧ ومابعدها بند / ١٢٧٢ ، جوسران ص / ٩٠٤ بند / ١٦٨٤ ، مازو (هـ . ل . ج) وشاباس ص / ٢٨١ ومابعدها البنود ٢٧٤ - ٢٧٥

أما في مصر ، فلم ينص المشرع على هذا الشرط الا في المادة ١٠٤٠ بصدد الالتزامات المستقبلة أو الاحتمالية . وعلى ذلك ، فإن من المسلم به لدينا ، أن تخصيص الدين المضمون ، في عقد الرهن ، هو مبدأ عام ، يجب تطبيقه في كل الحالات ، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . راجع في هذا المعنى : د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٢٤ بند / ١١٧ والفقه المشار إليه فيه هامش / ١٠

(١١) وانطلاقا من وجوب تغليب جهة الرهن على جهة الكفالة في الكفالة العينية بصدد هذه المسألة ، يرى كايو (ص ٣٦ بند / ٢٦) أن الكفالة العينية لاتمتد لهذه الملحقات والمصروفات .

(١٢) وهي تقضي بأنه " حينما يكون الكفيل الذي قدم للدائن " اتفاقا أو قضاء ، قد أصبح بعد ذلك معسرا ، فإنه يجب أن يقدم له غيره » .

التساؤل - إذا ما كان الأمر يتعلق بكفالة عينية ، وكان العقار الذى قدمه الكفيل العينى قد هلك بفعل قوة قاهرة - عما إذا كان يتعين على المدين الأصلى ، حتى يتفادى سقوط الأجل ، أن يقدم كفيلا جديدا - تغليبا لجهة الكفالة فى هذا النوع من التأمين ، أم يتعين إنشاء رهن جديد تغليبا لجهة الرهن فيه (١٤)(١٥) .

(ب) الكفالة العينية برهن عقارى ، وحوالة الحق المكفول .

٨٩) من المبادىء المسلم بها فى حوالة الحق ، أن الذى ينتقل بها إلى الدائن الجديد ، هو ذات الحق الذى كان للدائن القديم (المحيل) ، بنفس أوصافه وتوابعه وضماناته ودفوعه .

وتطبيق هذا المبدأ ، إلى جانب ما تجيزه فى فرنسا المادة/٢٠٣٦-١ مدنى للكفيل ، من التمسك فى مواجهة الدائن ، بجميع دفوع المدين الأصلى المرتبطة بالدين ، يكون له (أى للكفيل) أن يتمسك بهذه الدفوع فى مواجهة الدائن الجديد (المحال له) . فيما لا يجيز ، بالمقابلة - قانون ١٥ يوليه ١٩٧٦ الفرنسى ، الذى ينظم حوالة الحقوق المضمونة

---

(١٣) وهى تقضى بأنه " .. فى حالة ما إذا هلك العقار أو العقارات المثقلة بالرهن ، أو ضعف ، بحيث أصبح غير كاف لتأمين الدائن ، فإن بإمكان هذا الأخير إما أن يطالب بحقه فورا ، أو أن يحصل على رهن مكمل .

(١٤) وهذه المشكلة لا تثور ، فى مصر ، لأن المادة/١٠٤٨-٢، فى باب الرهن تعطى للمدين ، إذا لم يختر الوفاء بالدين فورا ، أن يقدم تأمينا كافيا " كما يجعل المادة / ٢٧٣ لكل مدين ، إذا كان ضعف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادته فيه ، أن يتفادى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن " ضمانا كافيا " ولفظة التأمين الكافى أو الضمان الكافى ، هى من العمومية بحيث تستوعب صورتى التأمين (أو الضمان) بكفالة أو التأمين (أو الضمان) برهن .

(١٥) ورأى كابو ، ليس واضحا فى الحقيقة فى هذا التعارض . فهو يقول أن من حق الدائن المرتهن عندئذ أن يقتضى " تأمينا جديدا " (ص/٣٩ بند ٢٨) وفى موضع آخر يجعل للدائن الحقين معا : إما كفيل طبقا للمادة/ ٢٠٢٠ أو رهن آخر طبقا للمادة /٢١٣١ (ص/٦٤ بند / ٥٢).

برهون عقارية[16] ، للمدين ، الاحتجاج على المُحال له الحق ، بالدفوع المستمدة من العلاقات الشخصية التى كانت تربطه بالدائنين السابقين ٠

لذلك ، يمكن أن يثور التساؤل فى فرنسا ، عن وضع الكفيل العينى برهن عقارى ، إذا ما أحال الدائن حقه المكفول إلى دائن آخر ٠ وما إذا كان يمكنه ، ككفيل ، أن يتمسك بالدفوع التى كان بإمكان المدين أن يتمسك بها أم سيكون ذلك ممتنعا عليه بصفته راهنا ؟

(هـ) الكفالة العينية برهن عقارى ، ونظرة الميسرة ٠

٩٠) وطبقا للماده / ٣٤٦ـ ٢ مدنى مصرى ، والفقرة الثانية التى أدخلها المشرع الفرنسى على المادة / ١٢٤٤ من المجموعة المدنية بقانون ٢٠ أغسطس ١٩٣٦[17] ، يجوز أن يمنح القاضى للمدين ، بناء على طلبه ، أجلا قضائيا لتنفيذ التزامه، فيما يسمى فى الاصطلاح بنظرة الميسرة ٠

ورغم أن هذه الميزة مقررة صراحة ، فى كل من القانونين المصرى والفرنسى للمدين ، إلا أن الفقه الفرنسى يسلم بأن بإمكان الكفيل الشخصى أن يُفيد منها[18] ، رغم أنه لا يعتبر مدينا بالمعنى الدقيق للكلمة[19] ٠

---

(١٦) les créances hypothécaires

(١٧) راجع فى القيود التى ترد على منح هذه المهلة فى القانون الفرنسى ، وشروط منحها بوجه عام
RIPERT : le droit de ne pas payer ses dettes. D-H 1936-chr- P.57 et s.

كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ، ٤٠٨ ، ومؤلفنا : الأحكام العامة للالتزام ط / ٨٤ ـ ١٩٨٥ ص /١٨١ هامش / ٣

(١٨) راجع مثلا : جروا بند / ٤٣
SIMLER(ph):j.cl..civ.art 2021-2027 fasc C No 4
والقضاء المشار إليه فيه

(١٩) جروا بند / ٤٣

بيد أن استعمال مثل هذه الميزة ، لايتفق - في الواقع - والقواعد الاجرائية التي يقررها قانون المرافعات في شأن التنفيذ على العقارات المرهونة[20] . ومن هنا يكون التردد واردا حول ما إذا كان يجوز ، أو لايجوز ، منح مثل هذه السهلة القضائية للكفيل العيني برهن عقاري ؟

ثانيا : وجوب تغليب جهة الرهن على جهة الكفالة ، في هذا النطاق من الأحكام ، وأساسه .

(٩١) وحين يقع مثل هذا التعارض ، في أي من تطبيقاته المختلفة ، فإنه يطرح في الحقيقة مشكلة واحدة ، وهي معرفة أي من قانوني الكفالة أو الرهن ينبغي ، إذن ، تغليب حكمه فيما يتعلق بكفالتنا موضوع البحث ، وأساس هذا التغليب .

والملاحظ في هذا الشأن ، من تطبيقات القضاء الفرنسي ، حين واجه أحد فروض هذا التعارض[21] ، انه اكتفى بترجيح أحكام الرهن فيه ، وطبقها بطريق القياس ، على الكفالة العينية[22] ، فيما يعتبر ، في الحقيقة ، نوعا من الالتفاف فقط حول المشكلة المطروحة ، يفتقد الأساس ، إذ يبقى معه التساؤل قائما عن السبب في تفضيل قياس هذا النوع من الكفالة على الرهن بدلا من قياسها على الكفالة الشخصية حين أنها كفالة أيضا إلى جانب كونها رهن[23] .

---

(٢٠) في هذا المعنى جروا بند / ٤٣ ،
VIDAL (j) note sous cass 4/2/1965 D 1965-617

(٢١) وهو الفرض الخاص بمدى حق الكفيل العيني في الدفع بالتجريد والتقديم .

(٢٢) أنظر نقض ١٩٧٩/٣/٦ أشار إليه جروا هامش /٥٩ من بند / ٤٣

(٢٣) في هذا المعنى : جروا بند / ٤٣

٩٢) ولعل مُبرّر أو أساس ، الترجيح ، يتضح بشكل أفضل ، لو رجعنا مرة أخرى إلى ماسبق أن عرضنا له ، في التمهيد لهذا البحث ، من تفرقة بين الكفالة العينية والكفالة الشخصية المدعومة (أو المضمونة) برهن · إذ في الفرض الأخير ، لايقف الرهن والكفالة على قدم المساواة ، وإنما تكون بينهما علاقة تدرج ، يكون الرهن فيها هوالتابع للكفالة ، مادام أن الراهن لم يضمن ، في الحقيقة ، إلا الرجوع عليه ككفيل (٢٤) بما يكون من المفهوم معه ، أن يكون تطبيق قانون الرهن ، في هذا الفرض ، مشروطا بما يسمح به قانون الكفالة · وأن يكون المرجع لهذا الأخير أيضا في رسم حدود تعهدات الراهن (٢٥) ·

٩٣) بيد أن ثمة علاقة تدرج وتبعية ، لاتوجد ، على العكس ، في الكفالة العينية بذاتها ، كعقد مركب ، تختلط فيه جهة الرهن بجهة الكفالة في " كل لايتجزأ " (٢٦) يكون تابعا لالتزام أصلي هو التزام المدين (٢٧) · ولايمكن ، في الحقيقة ، اكتشاف تدرّج بين هذا العنصر أو ذاك من هذا الكل يمكّن من الترجيح بينهما عند التعارض في حكمهما ، إلا فقط في نية أو إرادة الطرفين ·

" بيد أن إرادة حسم التعارض" (٢٨) الذى توجده الكفالة العينية، بين

---

(٢٤)(٢٥) جروا بند / ٤٥ ، وهو يرى - تبعا لذلك - أنه إذا ماكان هناك بضعة كفلاء يظل من الممكن الاحتجاج على الدائن بالحق في التقسيم ، مع أن قانون التأمينات العينية يستبعد مثل هذا الدفع ، لأن الرهن الرسمي يضمن ليس الدين الأصلي ، وإنما تعهد الكفيل ، وحدود هذا التعهد تتوقف على هذا التقسيم ·

(٢٦)-(٢٨) جروا بند / ٤٦

كل من قانون التأمينات الشخصية وقانون التأمينات العينية ، لمصلحة الأخير " لاتجعل محلا لشك "(٢٩) ؛ فالكفالة العينية ليست ، فى قصد المتعاقدين ، إلا " البديل لتأمين عينى(٣٠) عادى ، حين ارتضاه الدائن وإنما كان فى نيته ، فى الحقيقة ، أنه سوف يكفل له نفس الطمانينة التى كان سيجدها لو أن الرهن كان مقدما من مدينه نفسه • وهذا وحده كاف ، لألا يعطل "(٣١) فى هذا النوع من الضمان ، قانون الكفالة الميزات المتعلقة بقانون التأمينات العينية "(٣٢) " بدون شك ، الكفالة العينية هى أيضا كفالة ، لكن هذا العقد (عقد الكفالة) لايكون مقصودا فيها لذاته ، إنه لايشكل جزءا من بناء "(٣٣) هذا الضمان " إلا لأنه الشكل (أو القالب) القانونى المفروض ، حينما يضع الشخص ائتمانه فى خدمة الغير ، إنه إذن ليس إلا وسيلة لا غاية • وحاجة الطرفين إليه ليس إلا لوضعه فى خدمة الرهن • وهما لايتقبلانه إلا فى هذه الحدود "(٣٤)(٣٥)

(تم بحمد الله)

---

(٢٩)(٣٤) جروا بند / ٤٦

(٣٥) ولعل الفقه المصرى كان ينطلق من نفس هذه المبررات أو الافكار ، حين عرض لبعض جوانب هذه التعارضات ، وبالتحديد لمدى حق الكفيل العينى فى التمسك بالتجريد • فالبعض حين رفض أن يكون له هذا الحق علّل ذلك بأنه " تغليب لفكرة الرهن على فكرة الكفالة ، لأن المشرع لم يشأ أن يجعل الرهن الذى يقدمه شخص آخر غير المدين ، أضعف أثرا من الرهن الذى يقدمه المدين " أنظر د • سمير تناغو ص / ٦٩ بند / ٣٠ وأنظر فى تعليل آخر لهذا الرفض ، وهو أن " الغير وقد رهن ماله ضمانا لدين على آخر يعتبر قد خوّل الدائن سلطة التنفيذ على هذا المال حتى ولو كانت هناك أموال للمدين مرهونة فى ذات الدين " د • محمد على إمام ص / ٩٩ بند / ٦١ •

قائمة المراجع

(اولا) بالعربيــــه :

د • حسام الدين كامل الأهواني : التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ج / ١ ط / ٨٥ ـ ١٩٨٦

د • سليمان مرقــــــــس : التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ط / ٢ ١٩٥٩

د • سمير عبدالسيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٥

د • شفيق شحاتـــــــه : النظرية العامة للتأمين العيني ط/ ٢ ١٩٥٣

د • شمس الدين الوكيـــل : الموجز في نظرية التأمينات ١٩٦٧

د • عبدالرزّاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج / ١٠ (في التأمينات الشخصية والعينية)

د • عبدالفتاح عبدالباقي : الوسيط في التأمينات العينيـــه ١٩٥٤

د • عبدالمنعم البدراوي : التأمينات العينيـــــه ١٩٧٣

د • عبدالمنعم فرج الصدة : مصادر الالتـــــزام ١٩٦٩

د • عبدالناصر توفيق العطار : التأمينات العينيـــه ١٩٨٠

د • علي البــــــارودي : القانون التجاري (في الأوراق التجاريـــــــه ، والعقود التجارية ، وعمليات البنوك) ١٩٧٥

د • علي الزينـــــي : أصول القانون التجاري ج/ ٣ (الافلاس)

(٢)

د • محسـن شفيـق : الوجيز في القانون التجارى ٦٨ ـ ١٩٦٩ •

د • محمـد صـالح : شرح القانون التجارى ـ الإفلاس ج/٤ ط / ٥ ١٩٤٣

د • محمد على إمـام : التأمينات الشخصية والعينيـة

د • محمد كامل مرسـى : التأمينات الشخصية والعينية ط/٣ ١٩٣٨

د • محمد لبيب شنـب : دروس في التأمينات العينية والشخصية ١٩٧٣

د • محمود جمال الدين ذكى : التأمينات الشخصية والعينية ط/ ٣ ١٩٧٩

د • مصطفى كمال طـه : القانون التجارى ، الأوراق التجارية والإفلاس • ١٩٨٥

د • منصور مصطفى منصور : التأمينات العينيـة ١٩٦٣

د • نعمان محمد خليل جمعه : الحقوق العينيـة ١٩٨٥

****

****

******

(ثانيا : بالفرنسية)

1- Théses et ouvrages généraux et spéciaux

AUBRY(A) et RAU (par BARTIN) :

Cours de droit civil français. 6 éd. 1938.
To : 3 et To: 4

BAUDRY-LACANTINERIE(G)et WAHL (A):

Traité théorique et pratique de droit civil. éd. 1899. To : 21 (Des contrats aléatoires, du mandat, du coutionnement , de la transaction).

CAILLAUD (Georges):

Coutionnement réel. Thése poitiers 1897

CARBONNIER (j) :

Droit civil. éd . 1969 To: 4

CHEVALLIER(j) et BACH (L) :

Droit civil. 7 éd. 1978

COLIN(A) et CAPITANT(H) evec le concours de, de la MORANDIÈRE(M) :

Cours élémentaire de droit civil français.
8 éd. 1935 To : 2

DEMOLOMBE(C) :

Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. To:4 éd. 1872

DUPOUY(Claude) et RESSAYRE (Maurice)

précis de droit civil. To : 2 (obligations, surêtés, principaux contrats). Paris 1980

JOSSERAND(L) :

cours de droit civil positif français. 2 éd. 1933 To : 2

LAURENT (F) :

Principes de droit civil français . 4 éd. 1887 To: 28 et To : 31

MARTY (G) et RAYNAUD (P) :

Droit civil
To : 2 (1.èr v) Les obligations 1962
To : 3 (1.èr v) Les suretés , la publicité foncière 1971

MAZEAUD (H,L,et j) par CHABAS(F) :

Leçons de droit civil. To: 3 (1.èr v) 5 éd. 1977

MOULY(christian) :

Les causes d'extinction du cautionnement . paris 1979

PLANIOL(M) et RIPERT(G) par BECQUÉ(E) :

Traité pratique de droit civil français.
To : 13 (Surêtés réelles) . 2 éd. 1953

(2) Articles et notes de jurisprudence

BETANT- ROBET(S) :

La décharge de la caution par application de l'article 2037. Rev. trim. 1974 P. 307-346

CAPITANT (H):

Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pése sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin. Rev. crit. 1900 P. 156-187 et p.228 - 249

DABIN (j).

Une nouvelle définition du droit réel. Rev. trim. 1962 P. 20 - 44

DAGOT (M)

* De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution j.c.p 1973-1-doct- 2577
* note sous cass 22/5/1973 j.c.p 1973-2-17572
* la novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire. j.c.p 1975-1-doct-2693

DONNEDIEU DE VABRES :

note sous Toulouse 27/12/1911 D 1913-2-65

GRUA (F)

le cautionnement réel. j.c.p 1984-1-doct-3167

MALAURIE (ph) :

note sous com. 8/11/1972 D 1973- 753

MESTRE (j) :

la pluralité d'obligés accessoires. Rev. trim. 1981 P. 1-36

PATARIN (j) :

note sous Paris 15/10/1976 j.c.p 1977-2-18726

RÈMOND-GOUILLOUD (M):

L' influence du rapport caution- débiteur sur le contrat de cautionnement. j.c.p 1977-1-doct -2850

RIPERT

le droit de ne pas payer ses dettes. D- H 1936- chr- P. 57 et s.

SIMLER(ph)

* la renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du code civil. j.c.p 1975-1-doct- 2711
* note sous civ. 12/11/1974 et pau 31/10/1974 j.c.p 1975-2-18182
* j.cl. civ. sous Cautionnement

le cautionnement, reine éphémère des surêtés?
D 1981-chr- 129- 132

VIDAL (J):

Note Sous CIV 4/2/1966 D 1966 - 617

VOIRIN (J)

* note sous Nancy 1/3/1932 D 1933-2-1
* ,, ,, Req. 16/3/1938 D 1939-1-41

Bull.Civ	=	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (Chambres Civiles).
D	=	Recueil Dalloz
D - H	=	Dalloz Hebdomadaire
D -i.r -	=	Dalloz- information rapide
j.cl. civ.	=	Juris-classeur de droit civil
j.c.p	=	juris-classeur périodique (la semaine juridiqe).
Rev. crit.	=	Révue critique.
Rev. trim.	=	Révue trimistrielle de droit civil
S.	=	Sirey

مقدمة

تمهيد

تقســـــيم :

المطلب الأول

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه مجرد منشئ للضمان

المطلب الثانى

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه منشئ ضمان ، ومدينا مسئولا شخصيا عن الدين فى آن واحـــد

المطلب الثالث

الكفيل العيني والأحكام المتعلقة بحائز العقار المرهون

تمهيد :

المبحث الثاني

مطلب تمهيدي

هل يصدق على الكفالة العينية مفهوم الكفالة بالمعنى الصحيح ؟

تقسيم :

المطلب الاول

في علاقة الكفيل العيني بالمدين :

تمهيد :

المطلب الثانى
فى علاقه الكفيل العينى بالدائن

المطلب الثالث
فى العلاقة بين الكفلاء المتعددين
(رجوع الكفيل الموفى على غيره من الكفلاء)

الفصل الثانى

أحكام الكفالة العينية من خلال النظرة المزدوجة ، المتزامنة والمقربة ، لأحكام كل من الرهن والكفالة معا

تمهيد :

تقسيم :

المبحث الاول
علاقات التوافق والتكامل

المبحث الثانى

علاقات التعارض ووجوب الترجيح

« للمؤلف »

(١) نظام الزواج فى الشرائع اليهودية والمسيحية ٣٧٥ صفحة
ط / ٧٨ ـ ١٩٧٩ (الناشر دار الفكر العربى)

(٢) النظرية العامة للحق ٣٣٦ صفحة
ط / ١٩٧٩ (الناشر دار الفكر العربى)

(٣) سقوط الحق فى الضمان(دراسة فى عقد التأمين البرى) ٢٩٦ صفحة
ط / ١٩٨٠ (الناشر دار الفكر العربى)

(٤) الصورية بطريق التوسط (دراسة لفكرة تسخير الاشخاص فى المعاملات القانونية) ١١٧ صفحة
١٩٨١ (بحث على الآلة الكاتبة)

(٥) مسئولية المنتج (عن الأضرار التى تسببها منتجاته الخطرة ١٠٩ صفحة
ط / ١٩٨٣ (الناشر دار الفكر العربى)

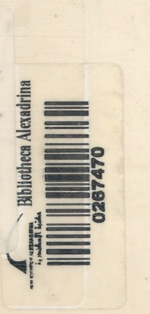
(٦) مشكلة تعويض الضرر (الذى يسببه شخص غير محدد) ١٦٠ صفحة
ط / ١٩٨٣ (الناشر دار الفكر العربى)

(٧) الأحكام العامة للالتزام(فى القانون المدنى المصرى) ٣٨٣ صفحة
ط / ٨٤ ـ ١٩٨٥ (الناشر دار الفكر العربى)

(٨) مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دارسة مقارنة فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى) ٥٢٤ صفحة
ط/ ١٩٨٥ (الناشر دار الفكر العربى)

(٩) أصول الاثبات فى المواد المدنية والتجارية ٢٠٠ صفحة
ط / ١٩٨٦ (الناشر دار الفكر العربى)

(١٠) التأمين ضد الأخطار التكنولوجية ١٩١ صفحة
ط / ١٩٨٦ (الناشر دار الفكر العربى)


Bibliotheca Alexandrina
02687470